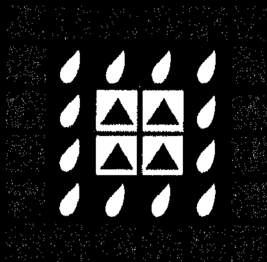
القانون الجنائى الدستورى

الشرعية الدستورية فى قانون العقوبات
الشرعية الدستورية فى قانون الإجراءات الجنائية



الدكتور أحمد فتحى سرور

القانون الجنائى
الدستورى

الطبعة الثانية
١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م

© دار الشروق
أستسها محمد المعلم عام ١٩٦٨

القاهرة: ٨ شارع سيبويه المصرى -
رابعة العدوية - مدينة نصر
ص.ب: ٣٣ البانوراما - تليفون: ٤٠٢٣٣٩٩
فاكس: ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
البريد الإلكتروني: email dar@shorouk, com.

الدكتور أحمد فتحى سرور

القانون الجنائى الدستورى

الشرعية الدستورية فى قانون العقوبات
الشرعية الدستورية فى قانون الإجراءات الجنائية

دار الشروق

مقدمة

١ـ موضوع البحث

أوضحنا الأسس العامة للحماية الدستورية للحقوق والحريات فى مؤلفنا بعنوان «الحماية الدستورية للحقوق والحريات» فى طبعتيه الصادرتين عامى ١٩٩٩ و٢٠٠٠ ، وبينا أن نطاق الحماية الدستورية يتوقف على التوازن بين القيم الدستورية للحقوق والحريات، والقيم الدستورية للمصلحة العامة، على نحو يضمن عدم التفريط فى أى من هذه القيم المختلفة. وتقع على المشرع مسئولية تحقيق الضمانات الدستورية من خلال شكل التوازن الذى يجريه بين مختلف الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة، وذلك تحت رقابة القضاء الدستورى.

ويعتبر التشريع الجنائى من أهم المجالات التى تتعرض للصراع والتناقض بين مختلف الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة. فهذا التشريع يتحمل مسئولية تحقيق التوازن الذى يوقف هذا الصراع ويكفل حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة بقدر متناسب. ويلتزم المشرع فى سبيل كفالة هذه الحماية باحترام الضمانات التى ينص عليها الدستور.

فقانون العقوبات من خلال التجريم والعقاب يحمى كلا من حقوق المجنى عليه والمصلحة العامة بحكم الضرورة الاجتماعية التى تتطلب هذه الحماية، ويفرض الجزاء الجنائى المناسب الذى يتسم بالمعقولية، ولا ينافى الحدود المنطقية التى ينبغى أن تكون إطارا له. وكل ذلك يتم من خلال معايير ينص عليها الدستور تتمثل فى ضمانات يتعين على المشرع العقابى الالتزام بها.

وقانون الإجراءات الجنائية بما يضعه من قواعد تهدف إلى تحديد الإجراءات التى يتم بواسطتها استعمال حق الدولة فى العقاب يحمى حقوق كل من المتهم والمجنى

عليه ويكفل حماية المصلحة العامة . ونظرا إلى أن الإجراءات الجنائية من شأنها أن تمس بعض الحقوق والحريات فإنه يتعين كفالتها بحكم أن الأصل فى المتهم البراءة، وبناء على أن القاضى هو الحارس الطبيعى للحريات، وذلك فى إطار محاكمة منصفة . وكل ذلك يتم من خلال معايير ينص عليها الدستور تتمثل فى ضمانات يتعين على المشرع الإجرائى الجنائى الالتزام بها .

ونهدف من هذا المؤلف إلى إلقاء الضوء على المبادئ الدستورية التى يخضع لها القانون الجنائى بفرعيه (قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية)، وهو أمر لم ينل عناية كبيرة من الفقه المصرى، وإن كان قد حظى باهتمام المحكمة الدستورية العليا فى مصر التى قدمت حصيلة فائقة من المبادئ الدستورية فى هذا الشأن .

وتسهم المبادئ الدستورية فى تكوين القانون الجنائى، فهى ليست مجرد جزء من القانون الدستورى بل إنها تجاوز هذا النطاق لكى تسهم فى تحديد مضمون القانون الجنائى ذاته . وقد لوحظ أن القانون الجنائى بفرعيه (العقوبات والإجراءات) قد مر بمرحلتين : الأولى يحكمها الفن القانونى لمواجهة الضرر الذى أحدثه الجانى، وقد ارتكز على مفهوم الجريمة من الناحية المادية . والثانية تحكمها نتائج علم الإجرام، وقد ارتكزت على مفهوم شخصية المجرم . وفى ضوء ذلك، فقد ارتكزت الدراسات التى تناولت مفاهيمه، وعالجت موضوعاته فى ضوء نظريات مختلفة ترتد إما إلى نظرة مادية بحتة ترتكز على السلوك الإجرامى ذات النشاط الخارجى وتنطلق من نظرة تجريدية يحكمها الفن القانونى المجرد، أو تنبعث من نظرة نفسية أو اجتماعية ترتكز على شخص المجرم . وقد أدت هذه النظرة الأخيرة إلى إضعاف الطابع القانونى للقانون الجنائى بالمقارنة مع غيره من فروع القانون، مما أثر فى مدى الاهتمام بتدريسه فى فرنسا[1] .

وأيا كانت المرحلة التى يعيشها القانون الجنائى، فلا يجوز أن يغيب عن البال أن هذا القانون جزء من النظام القانونى، وتتحدد أحكامه فى ضوء طبيعة العلاقة بين الفرد والدولة . فالفرد هو إما المجنى عليه أو المتهم، والدولة هى صاحبة الحق فى العقاب وهى صاحبة السلطة الإجرائية .

---

(١) انظر Elisabeth Cortıen, Libres propos sur l'enseignement du droit pénal á l'aube du XXI siéele, Rev. sc. crim. 2000, pp. 177-192.

وتحدد المبادئ والقواعد الدستورية طبيعة العلاقة بين الفرد والدولة والتي تحكم مضمون قواعد القانون الجنائي، لكي تجعلها أكثر انضباطا مع الإرادة العامة للشعب المتمثلة في الدستور وتأكيد حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة من خلال إحداث توازن فيما بينها، وهذا التوازن يتحقق من خلال معيار التناسب «proportionnalité» الذي يحقق علاقة منطقية بين الوسائل والغايات(١).

ولا يتناقض الالتزام الدستوري للقانون الجنائي مع تطويره وفق مبادئ علم الإجرام، طالما أن التجريم والعقاب الذي يقرره قانون العقوبات تحكمه موجبات الضرورة والتناسب بالمفهوم الدستوري لتحقيق التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة، وطالما حافظ قانون الإجراءات الجنائية على الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في توازن بينها وبين المصلحة العامة. وكل ذلك يأتي إيذانا بمرحلة جديدة لفقه القانون الجنائي، يعطي فيها الصدارة للمبادئ الدستورية التي تحكم القانون الجنائي، لكي تضبط قواعده التي تتأثر بطبيعة العلاقة بين الفرد والدولة في ضوء النظام الدستوري، سواء تلك التي ترتكز على مفهوم الجريمة أو تلك التي تقوم على مفهوم المجرم، لكي تأتي متلائمة مع إرادة الشعب كما أفصح عنها الدستور، ولكي تأتي محققة للتوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة.

ونستهدف من هذه الدراسة تأصيل العلاقة بين الفرد والدولة حتى نربط دراسة القانون الجنائي بالشرعية الدستورية، تأكيدا لوحدة النظام القانوني الذي يحكمه الدستور. ومن خلال هذا الارتباط نلقي الضوء على جوانب جديدة في هذا القانون تربطه بسائر فروع القانون، فلا يكون هائما بعيدا عنها أو منفلتا منعزلا عن ضوابطها، بل مرتبطا معها بحكم علاقته معها داخل النظام القانوني الذي يقف الدستور على قمته. وفي هذا الإطار لا يكون كل من قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية أداة للقهر أو للتحكم، وإنما أداة لحماية الحقوق والحريات بالإضافة إلى تحقيق المصلحة العامة(٢).

---

(١) انظر مؤلفنا في «الحماية الدستورية للحقوق والحريات» طبعة ٢٠٠٠، دار الشروق، بند ٢٧، ص ٩١ وما بعدها.

(٢) انظر في الموضوع:

Favoreu; la constituionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, Vers un droit constituionnel pénal, Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Edition cujas, 1989, p. 169 - 211.

وبهذا الارتباط يتأكد الوضع المهم الذى يحتله القانون الجنائى فى النظام القانونى وفى نظرية القانون، وهو ما جهله البعض حين تخيلوا أن دراسة هذا القانون تعنى مجرد دراسة افكار لومبروزو(١)!!

ومن ناحية أخرى، فإن الدستور، إذ يحمى الحقوق والحريات، يأتى المشرع بعده ليوفر الضمانات الكافية لهذه الحماية، ويرسم للقاضى دوره لتأمين هذه الحماية والمحافظة عليها.

ولما كان أخطر ما يهدد الحقوق والحريات يبدو فى المواد الجنائية، فإننا سوف نفرد هذا المؤلف لبحث القانون الجنائى الدستورى لاستجلاء الحماية الدستورية للحقوق والحريات فى كل من التجريم والعقاب، والإجراءات الجنائية، والتى تكون فى مجموعها فرعا جديدا من فروع القانون، هو القانون الجنائى الدستورى(٢). والهدف من هذا الفرع هو تأصيل القواعد الدستورية للقانون الجنائى، على نحو يوضح التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة فى ضوء معيار التناسب بين الوسائل والغايات(٣).

وإن كانت هذه الضمانات من حيث المصدر ترتكز فى الدستور، مما قد يوحى بإطلاق اسم «القانون الدستورى الجنائى» على هذا الفرع من القانون، إلا أنها من حيث المضمون تؤثر مباشرة فى قواعد القانون الجنائى، مما يجعلنا نفضل تسميته بالقانون الجنائى الدستورى. وتعد هذه القواعد بمثابة القسم العام الدستورى للقانون الجنائى برمته، ويجب إعطاء كل الاهتمام لبحثها وتعميقها فى إطار دراسة القانون الجنائى حتى نؤكد ما قاله البعض(٤) من أننا «لا يجوز أن ننسى أنه بداخل القانون الجنائى يوجد قانون».

---

(١) انظر هذا التحذير فى مقال: Elisabeth Cartier, Libres propos sur l'enseignement du droit pénal á l'aube du XXI siéele, Rev. sc. crim. 2000, op. cit., pp.190

(٢) انظر مؤلفنا «الحماية الدستورية للحقوق والحريات» مرجع سابق، بند ٢٧ ص ٩١ وما بعدها.

(٣) انظر مؤلفنا «الحماية الدستورية للحقوق والحريات» المرجع السابق، ص ٣٥٨ وما بعدها.

(٤) مشار إليه في مقال: E Cartier, Rev. sc. crim. 2000, op cit., p.192.

٢ـ دور القانون الجنائى فى إحداث التوازن بين الحقوق والحريات، والمصلحة العامة

يهدف القانون الجنائى بفرعيه (قانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجنائية) إلى إحداث التوازن بين حماية المصلحة العامة التى تمس كيان الدولة أو المجتمع، وبين حماية الحقوق والحريات والمصالح الخاصة بالأفراد.

ويتميز هذا القانون بأن قواعده تتسم بقوة التأثير على السلوك الاجتماعى. ويبدو ذلك واضحا فى قانون العقوبات الذى يفرض أنماطا من السلوك ويرتب عقوبات على مخالفتها. كما يتجلى هذا المعنى أيضا فى قانون الإجراءات الجنائية بما ينظمه من قواعد إجرائية تمس حقوق وحريات المواطنين فى سبيل كشف الحقيقة وإقرار حق الدولة فى العقاب.

على أن قوة التأثير التى تتسم بها قواعد القانون الجنائى على السلوك الاجتماعى لا تخفى طابعه الحقيقى، وهو حماية المصلحة الاجتماعية. وتتجلى هذه المصلحة فى قانون العقوبات بما يفرضه من أنماط السلوك المختلفة لحماية المصالح والقيم الاجتماعية وحماية الحقوق والحريات، بما يفرضه من جزاء قانونى لضمان احترام هذه الأنماط.

وتتوقف فعالية قانون العقوبات فى أداء هذه الوظيفة على معيارين، هما: مدى حسن تعبيره عن المصالح والقيم الحالية للمجتمع، ومدى تنظيمه للجزاء الجنائى.

أما عن المعيار الأول، فإن قانون العقوبات يمر حاليا بأزمة التكيف مع متطلبات المجتمع، فهو يواجه صدمة التغيرات السريعة التى تمس مصالح المجتمع وقيمه، الأمر الذى يقتضى أن يواجه القانون بصفة دائمة هذه التغيرات وأن يداوم على التعايش مع تطور المجتمع الذى يحيا فيه. وبالنسبة إلى المعيار الثانى، فإن الجزاء يجب أن يخضع لسياسة جنائية تكفل بوضوح خدمة هذا الجزاء للهدف الاجتماعى من قواعد التجريم، وحتى يكفل احترام المصالح والقيم الاجتماعية التى تعبر عنها هذه القواعد وحماية الحقوق والحريات التى تنظمها.

وبالنسبة إلى قانون الإجراءات الجنائية، فإنه يهدف بوجه عام إلى حماية المصلحة الاجتماعية من خلال ما ينظمه من إجراءات لكشف الحقيقة وإقرار حق

الدولة فى العقاب، من خلال الضمانات التى يقررها حماية لحقوق وحريات المتهم التى تتعرض للخطر من جراء هذه الإجراءات.

ويوازن القانون الجنائى بفرعيه بين المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة، فيقر من المصلحتين ما يهم المجتمع ويضمن حسن سيره وفعاليته. ويتوقف تقدير ما يهم المجتمع من المصالح - وخاصة الفردية منها - على النظام السياسى والاجتماعى والاقتصادى للدولة.

ومن خلال التوازن الذى يقيمه القانون الجنائى بفرعيه بين المصلحة العامة والحقوق والحريات، فإن المشرع الجنائى لا يتوانى عن حماية هذه الحقوق والحريات بثلاثة أساليب:

الأول: الحماية الجنائية للحقوق والحريات، من خلال تجريم أفعال المساس بها والمعاقبة عليها؛ مثل المساس بالحق فى الحياة الخاصة، أو الحق فى الحياة، أو الحق فى سلامة الجسم، أو الحق فى الحرية الشخصية، أو الحق فى الثقة والاعتبار. وتنطوى هذه الحماية الجنائية فى ذات الوقت على حماية النظام العام الذى يتأذى من المساس به، ومن المساس بالحقوق والحريات.

الثانى: أن تتم الحماية الجنائية للحقوق والحريات من خلال التوازن فيما بينها من ناحية، وفيما بينها وبين المصلحة العامة من ناحية أخرى. فلا يجوز أن تكون حماية المصلحة العامة أو حماية حقوق الغير وسيلة للعصف بالحقوق والحريات؛ مثل حرية التعبير، وحق نشر الأخبار، وحرية البحث العلمى، وحق النقد، وحق مخاطبة السلطات العامة، وحق الدفاع. فالتوازن بين الحقوق والحريات المحمية يحدد سلطة المشرع الجنائى فى التجريم والعقاب. مثال ذلك أن تجريم المساس بالحق فى الثقة والاعتبار لا يجوز أن يمس حرية التعبير، كما أن تجريم المساس بالحق فى سلامة الجسم لا يجوز أن يمس الحق فى العلاج. وتجريم المساس بالحق فى الحياة لا يجوز أن يتم بالتضحية بالحق فى حياة شخص آخر أولى بالاعتبار (مما يخوله القانون حق الدفاع الشرعى). وكذلك الشأن فى التوازن بين العقوبة وجسامة الجريمة[1].

كما تكون هذه الحماية فى إطار التوازن مع المصلحة العامة المتمثلة فى النظام

(١) انظر مؤلفنا الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص ٩١ وما بعدها.

العام بجميع جوانبه حين تطلب تنظيم ممارسة هذه الحقوق والحريات داخل حدود معينة مراعاة للصالح العام، وتجريم الخروج عن هذه الحدود. وهو ما يمثل الضرورة الاجتماعية التى تتطلب التجريم والعقاب، وبالقدر المتناسب مع الفعل الصادر الذى يتطلبه . .

والثالث: هو ضمان التمتع ببعض الحقوق والحريات، كقيد على الإجراءات الجنائية التى تتخذ لاقتضاء حق الدولة فى العقاب تحقيقا للمصلحة العامة. فإذا تطلب الأمر من سلطة التحقيق القبض على المتهم أو تفتيشه، فلا يجوز أن يتم ذلك بالتضحية على نحو مطلق بحقه فى الحرية، أو حقه فى سلامة المسكن. كما أن محاكمة المتهم لا يجوز أن تحرمه من حقوق الدفاع، ومن التمتع بحقوقه الأخرى متوازنة مع سلطة الاتهام.

وفى هذا الصدد فإن الصراع دائم بين مقتضيات المصلحة العامة ومتطلبات تمتع الفرد بحقوقه وحرياته[1] .

وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا قائلة بأن «إدانة المتهم بجريمة إنما تعرضه لأخطر القيود على حريته الشخصية وأكثرها تهديدا لحقه فى الحياة، وهى مخاطر لا سبيل إلى توقيها إلى على ضوء ضمانات فعلية توازن بين حق الفرد فى الحرية من ناحية، وحق الجماعة فى الدفاع عن مصالحها الأساسية من ناحية أخرى[2] .

وتدق وظيفة القانون الجنائى أمام التطور الاجتماعى السريع الذى لحق بالمجتمعات الإنسانية خلال القرن التاسع عشر وفى أوائل القرن العشرين، وماصاحبهما من تقدم علمى يمكن استخدامه بطريقة تضر بالإنسانية. وقد انعكس هذا التطور فى تحديد نطاق المصالح التى يجب أن يحميها قانون العقوبات، وفى تحديد مدى مشروعية بعض الوسائل التكنولوجية الحديثة فى كشف الحقيقة.

(١) J. LEAUTÉ; Droit pénal et democratie en " Aspects nouveaux de la pensée juridique, Mélanges MARC ANCEL" 1975, pp. 151, 153 et 145.
Seminar on the role of substantive criminal law in the protection of human rights and the purposes and legitimate limits of penal sanction (TOKYO, JAPAN, 10 to 24 May 1960, United Nations, New York 1960).

(٢) دستورية عليا فى ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا، جـ٦ القاعدة ٤٣، ص ٦٨٦.

ويؤدى القانون الجنائى وظيفته فى الدولة القانونية فى إطار الشرعية الدستورية على النحو الذى يحدده الدستور؛ فقانون العقوبات يحمى الحقوق التى قررها الدستور ويلتزم بالمبادئ التى يقررها فى مجالات التجريم والعقاب والإباحة والمسئولية. كما يلتزم أيضا قانون الإجراءات الجنائية بالمبادئ الدستورية فى الحقوق والحريات العامة.

وفى إطار هذا الالتزام يتحدد دور كل من المشرع الجنائى، والقاضى الجنائى. فالمشرع يقيم التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة المتمثلة فى النظام العام الجنائى. والقاضى هو الحارس للحقوق والحريات، ويجب أن يكفل حمايتها فى مواجهة مقتضيات المحاكمة.

٣- دور الشرعية الدستورية فى إحداث التوازن المطلوب

إذا كانت الحماية الجنائية للحقوق والحريات، وحماية النظام العام تتم من خلال التجريم والعقاب وكانت الإجراءات الجنائية تتخذ لتمكين الدولة من اقتضاء حقها في العقاب، فإن ذلك لا يعنى التضحية بحقوق وحريات الأفراد الذين يتم تجريم أفعالهم والعقاب عليها واتخاذ الإجراءات الجنائية فى مواجهتهم. ومن ناحية أخرى، إذا كانت الحماية الجنائية للمصلحة العامة تتقرر بحسب الأصل بقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية، فإن حماية الحقوق والحريات تتقرر بحسب الأصل بالدستور. ومن هنا كانت الشرعية الدستورية هى الضمان الأعلى لهذه الحقوق والحريات . وقد نال هذا الوضع اهتمام مؤتمر الجمعية الدولية لقانون العقوبات فجاء مؤتمرها الثانى عشر المنعقد فى هامبورج سنة ١٩٧٩ فوضع عددا من القواعد التى تعتبر حدا أدنى من ضمانات المتهم، وجاء مؤتمرها الرابع عشر المنعقد فى فيينا سنة ١٩٨٩ فوضع عددا من القواعد الخاصة بالعلاقة بين تنظيم العدالة الجنائية والإجراءات الجنائية، وجاء مؤتمرها الخامس عشر المنعقد فى البرازيل سنة ١٩٩٤ فبحث حركات الإصلاح فى الإجراءات الجنائية لحماية حقوق الإنسان.

وفى ضوء الشرعية الدستورية يجب أن يحدث التوازن بين الهدف الأول من وراء التجريم والعقاب ومباشرة الإجراءات الجنائية والمتمثل فى حماية المصلحة العامة، وهذا الهدف الثانى المتمثل فى ضمان الحقوق والحريات . وبغير هذا

التوازن، يفقد التجريم والعقاب، والإجراءات الجنائية المصداقية والفاعلية فى الدولة القانونية. ولهذا يجب أن يتجاوب التجريم والعقاب وكذا مباشرة الإجراءات الجنائية مع مقتضيات حماية الحقوق والحريات فى جميع صورها وأشكالها. وبدون هذه الحماية يكون التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية أداة بطش وتحكم، فتفقد الحقوق والحريات معناها وجدواها.

وتتجلى أهمية ضمان الحقوق والحريات فى أن النظام العام يقتضى تقييد حرية الفرد من خلال التجريم والعقاب. فالتجريم يمس حرية الفرد فى مباشرة أنواع معينة من السلوك لأنه يخضعه لضوابط اجتماعية معينة، هذا بالإضافة إلى العقاب، فإنه يمس الحرية الشخصية للفرد.

وفى هذا الصدد قد يتعرض الفرد لمخاطر التجريم إذا ما تعرض للنوايا أو امتد إلى الحالة النفسية للنشاط الإنسانى، أو ظهرت نصوصه غامضة أو غير دقيقة، أو امتد التجريم بأثر رجعى إلى وقائع سابقة على نصوص التجريم، أو تقررت مسئولية الشخص عن جريمة لم يسهم فى ارتكابها، أو إذا قضى عليه بعقوبة عن فعل لم يقارفه، أو جاءت العقوبة قاسية أو مهينة، أو غير متناسبة مع جرمه.

ولا يقتصر المساس بالحرية على مخاطر التجريم والعقاب، ولكنه يمتد أيضا إلى النظام الإجرائى الجنائى، وذلك من خلال إجراءات الخصومة الجنائية التى تباشرها الدولة بعد وقوع الجريمة من أجل كشف الحقيقة وإقرار حقها فى العقاب، وإجراءات التنفيذ العقابى بعد إقرار حق الدولة فى العقاب.

وهكذا يتضح أن النظام الجنائى بأسره (العقابى والإجرائى) يعرض بطبيعته الحريات للخطر، سواء عندما تباشر الدولة سلطتها فى التجريم والعقاب أو عند مباشرة الخصومة الجنائية والتنفيذ العقابى. وخشية التحكم فى مباشرة هذه السلطات وتجاوزها القدر الضرورى للدفاع عن المجتمع، يتعين توفير الضمانات للفرد لحماية حريته من خطر التحكم وتجاوز السلطة. وهذا هو ما يجب أن يتكفل به النظام القانونى من خلال علاقة التناسب التى يحدثها داخل القاعدة القانونية أو بين مختلف القواعد القانونية فى النظام القانونى.

ويتوقف هذا التناسب على مدى ما يتمتع به الفرد من حرية. ففى نظر الفكر

التسلطى الذى يعطى للدولة جميع الحقوق والسلطات ويتجاهل قيمة الفرد فى المجتمع - لا مجال للحديث عن حرية الفرد. هذا بخلاف الفكر الحر الذى يعطى الفرد مكانته فى المجتمع ويوجب احترام جوهر حريته.

والواقع من الأمر أن الدولة القانونية بحكم وظيفتها عليها أن تحمى جميع المصالح القانونية، وهى ليست قاصرة على الدولة وحدها بل إنها تشمل أيضا حقوق الفرد وحرياته، فالحقوق والحريات يجب أن يحميها القانون، ولا يجوز إهدارها بدعوى المحافظة على مصلحة المجتمع، بل يتعين التوفيق بين المصلحتين فى إطار العلاقات الاجتماعية التى تحكم المجتمع. وقد عنى الدستور المصرى ضمانا لحماية الحقوق والحريات بأن ينص فى المادة ٥٧ منه على أن الاعتداء على هذه الحقوق والحريات جريمة لا تسقط دعواها الجنائية ولا المدنية بالتقادم، وأن تكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء.

على أن النظم الديكتاتورية لم تعرف هذه النظرة، فقد أعطت الأولوية لتحقيق مصلحة الدولة وفقًا لنظام ثابت ومستقر. وقد تطلب ذلك التسليم بمبدأ تفوق الدولة عوضا عن مبدأ التناسب بين هذه المصلحة وحقوق الأفراد وحرياتهم، و هو ما لا يمكن إقراره إلا باستعمال القوة أو العنف. ولهذا اهتمت هذه الدولة بإعادة ترتيب نظامها الجنائى الإجرائى من أجل تقوية سلطة الدولة فى المحاكمات الجنائية وتجريد الفرد من ضمانات حريته، فأصبح قانون الإجراءات الجنائية فى هذه النظم أداة للسلطة وليس أداة لتحقيق محاكمة منصفة يتم فيها ضمان الحقوق والحريات[1].

---

(١) جاء فى خطاب أحد زعماء النهضة الإسلامية الهندية الذى قدمه عند محاكمته أمام المحكمة الإنجليزية. «التاريخ شاهد على أنه كلما طغت القوات الحاكمة ورفعت السلاح فى وجه الحرية والحق، كانت المحاكم آلات مسخرة بأيديها تفتك بها كيف تشاء، وليس هذا بعجيب، فإن المحاكم تملك قوة قضائية، وتلك القوة يمكن استعمالها فى العدل والظلم على السواء؛ فهى فى يد الحكومة العادلة أعظم وسيلة لإقامة العدل والحق، وبيد الحكومات الجائرة أفظع آلة للانتقام والجور ومقاومة الحق والإصلاح. والتاريخ يدلنا على أن قاعات المحاكم كانت مسارح للفظاعة والظلم بعد ميادين القتال، فكما أريقت الدماء البريئة فى ساحات الحروب، حوكمت النفوس الزكية فى إيوانات المحاكم، فشنقت وصلبت وقتلت وألقيت فى غياهب السجون».

(ثورة الهند السياسية، خطاب أحد زعماء النهضة الإسلامية الهندية الذى قدمه عند محاكمته أمام المحكمة الإنجليزية، الطبعة الأولى سنة ١٩٤١هـ، مطبعة المنار بمصر، ص ٢٠).

ويتجلى ذلك فى بعض نماذج هذه النظم البائدة؛ وهى النظام الفاشى، والنظام النازى، والنظام الشيوعى، والنظام العنصرى [1].

---

(١) أ ـ النظام الفاشى فى إيطاليا

ظهرت الفاشية فى إيطاليا عقب الحرب العالمية الأولى. ويؤمن هذا النظام بأن إرادات الأفراد يجب أن تتجه نحو هدف أسمى هو عظمة الدولة . . . فالدولة ليست مجرد أجهزة إدارية أو سلطة تحكم الاقتصاد القومى وإنما هى سلطة تعمل على تحقيق إرادتها واحترامها فى الداخل والخارج. والقانون ـ فى نظر الفاشية ـ يأتى من الدولة ويوجد من أجل الدولة. فالدولة وحدها هى التى تعطى لإرادات الأفراد شكلها القانونى وقيمتها الروحية، ولا تخضع فى ذاتها لأى مبدأ. وفى ظل هذا الفكر السياسى استهدف القانون مجرد حماية مصالح الدولة متمثلة فى أجهزتها والحزب وشخصيتيها الخارجية والداخلية وقيمها الروحية وهى الجنس والأسرة.

وفى ضوء النظام الفاشى تأثر التنظيم الإجرائى بمبدأ تفوق الدولة. فلم يتمتع الفرد بضمانات الحرية، بل أجيز القبض عليه بدون أمر قضائى. ولم يستفد المتهم بقرينة البراءة، ولم تكفل له ضمانات الدفاع فلم يتمتع بالحق فى الصمت، ولم يسمح له بالاتصال بمحاميه إلا بعد الانتهاء من استجوابه، ولم ينظر إلى محاميه بوصفه وكيلا يحمى الحقوق الشخصية للمتهم، بل بوصفه عاملا لصالح الدولة اعتقادا بأن هذا الوضع سوف يحقق ضمنا المصلحة الشخصية للمتهم.

Donnedieu De Vabres; op. cit., pp. 54 à 59.

ب ـ النظام النازى فى ألمانيا

اتجهت النازية فى ألمانيا إلى اعتناق مبدأ سمو الدولة على الفرد. وقد علل هتلر هذا المبدأ بالميزات التاريخية والجغرافية للدولة الألمانية وما يتميز به الجنس الألمانى من عقلية خاصة. وبينما كان موسولينى فى إيطاليا الفاشية يرى أن الدولة هى التى تخلق الأمة، فإن هتلر فى ألمانيا النازية كان يرى أن الأمة هى الجوهر وأن الدولة ليست إلا شكلا خارجيا سطحيا. وعلة هذا الخلاف الأيديولوجى أن أراضى الدولة الإيطالية كانت تتمتع بحدود طبيعية تضمن وحدتها، بخلاف الأراضى الألمانية فقد كانت تنقصها هذه الحدود الطبيعية مما جعل هتلر يشعر بضرورة تعميق الوحدة الألمانية فى الشعب والجنس الألمانى. ولهذا حلت فكرة الشعب عند النازية محل فكرة الدولة عند الفاشية. وقيل بأن النازية ترتكز على أساس بيولوجى هو الجنس الألمانى، بخلاف الفاشية فإنها ترتكز على أساس قانونى هو الدولة.

وقد انعكس الفكر التسلطى على القانون الألمانى، مما أدى إلى تركيزه على حماية المصالح العامة التى يحميها الشعب ممثلة فى مصالح الجنس الألمانى، لا بوصفها مصالح مادية بل باعتبارها مصالح أدبية أو عقائدية للدولة.

وعندما تسلم النازيون الحكم فى ٣٠ يناير سنة ١٩٣٣ حلت السلطة المطلقة محل سيادة القانون كأساس للدولة. فقد كان هتلر معاديا لفكرة القانون، فتصرف فى الشئون الداخلية للبلاد بناء على السلطة وحدها، حتى كره المحامين والمحاكم، عندما أحس بتمسكهم بمبدأ المشروعية. وامتلأت صحف الحزب النازى بحملات الإثارة ضد بعض أفراد القضاء وضد المحاكم بوجه عام. وفقدت المحاكم استقلالها تحت ضغط الحزب إلى أن أعلن هتلر رسميا إلغاء استقلال القضاء فى خطاب ملىء بالكراهية ألقاه أمام البرلمان فى ٢٦ إبريل سنة ١٩٤٢، ووسع هتلر من سلطة البوليس، فأعطاه يدا مطلقة فى العمل ضد «أعداء الدولة». ومارس رجال البوليس وسائل التعذيب لإكراه المتهمين على الاعتراف. وقبضوا على المواطنين وزجوا بالألوف ومئات الألوف منهم فى المعتقلات بدون محاكمة =

= وعلى نحو لا يمكن الوصول إليهم أو حمايتهم بواسطة القضاء، ونشط البوليس السرى ضد المحكوم ببراءتهم، بل كان لا يتورع عن القبض على المتهمين فى المحكمة نفسها بعد سماعهم الحكم ببراءتهم، ثم اعتقالهم فترة غير محدودة ومعاملتهم فى أثناء الاعتقال أقسى المعاملة.
وفى مجال القضاء أنشئت محاكم خاصة للجرائم السياسية تعمل وفقا لإجراءات مختصرة وتصدر أحكاما غير قابلة للطعن. ولكن هتلر لم يرض عن بعض أحكام هذه المحاكم، فأنشأ محاكم بوليسية لبعض الجرائم تقضى وفقا لإجراءات تحكمية.
أما جرائم الخيانة فكانت تنظرها «محاكم الشعب» فى برلين برئاسة «Freisler» وهو شيوعى قديم استعد لتحطيم القانون خدمة لمصالح الحزب، وكانت هذه المحاكم تقضى وفقا لقانون عقوبات بالغ القسوة. كما ألغيت معظم الضمانات الإجرائية بحجة تبسيط الإجراءات الجنائية. وعمد هتلر إلى إلغاء اشتراك القضاة الشعبيين Lay - Judges بقرار من مجلس الدفاع عن الرايخ. وكان هؤلاء القضاة هم الضمان الوحيد لاستقلال القضاء بعد أن ألغى استقلال القضاة المهنيين. كما أصبح من سلطة المحكمة حرية رفض طلبات المتهم لتحقيق دفاعه، حتى لا تتقيد المحكمة بالقواعد الدقيقة التى أرستها المحكمة الفيدرالية العليا. وضيقت طرق الطعن فى الأحكام وألغيت تماما فى المحاكم الخاصة.
وأصبح مكتب الادعاء وحده يملك حق الطعن غير العادى فى الأحكام النهائية. ولم يقتصر حد العبث بسيادة القانون على ما وصل إليه من امتهان، بعد تحطيم استقلال القضاء وإلغاء الضمانات، بل تجاوز الأمر ذلك، فألغيت المبادئ القانونية التى كانت تحكم إجراءات المحاكم وذلك بواسطة تدابير أصدرتها الحكومة المتسلطة بهدف إلغاء الحقيقة والعدالة معا، وذلك بتطوير سلطات البوليس دون إخضاعها لأدنى رقابة قضائية، والتوسع فى نقل اختصاص المحاكم من القضاء التقليدى إلى القضاء الاستثنائى متمثلا فى محكمة الشعب ومحاكم البوليس ومحاكم الحزب. ووفقا لما تجرى عليه الدول التسلطية أصبح الموالون للنظام النازى قضاة فى المحاكم العليا أو الدنيا عن طريق اختيارهم وفقا لمصالح الحزب.
وقد أدى هذا الانهيار إلى نتائج مؤسفة فى الإدارة القضائية، فضعفت مقاومة القضاة لمظاهر إنكار العدالة واقتصر الأمر على مقاومة مقنعة مستترة لم يستطع هتلر الوقوف أمامها. وقد كان يتمنى لو ووجه بمقاومة علنية بواسطة عدد كبير من القضاة حتى يجد مبررا فى إلغاء نظام القضاء بأسره وإحلال سلطة البوليس ومحاكم الحزب محله كله لكى يحقق أهدافه السياسية. ولهذا، فإن روح القضاء ظلت باقية خلال أعوام الرعب النازى فى الفترة ما بين ١٩٤٣ ـ ١٩٤٥ وبقيت حية تلك التقاليد القانونية العريقة التى أرساها رجال القانون الألمان منذ عصر النهضة وتطوره فى القرن التاسع عشر.
The German Cod of Criminal procedure, introduction by EBERHAERD SHMIDT (fred B. Rothman and Co, south Hackensack N.J., Sweet and Maxwell limited) London, 1965, p. 9.
جـ ـ النظام الشيوعى
«القانون هو تدبير سياسى، إنه سياسة» بهذه الكلمات بلور لينين فى سنة ١٩١٦ تفكيره عن النظم القانونية. وأصبح على القضاة بعد الثورة الروسية أن يرجعوا إلى هذه الكلمات لتبرير التدابير التى تمليها مشاعرهم حتى ولو لم يوجد نص قانونى يبرر هذه التدابير. وبدأت مرحلة الرعب الأحمر منذ =

= سنة ١٩١٧ وصار القضاة يتصرفون كيفما شاءوا. وعلى أثر الحرب الأهلية سنتى ١٩١٩ ، ١٩٢٠ أصبح واضحا أن الإصلاح الاقتصادى لا يمكن تحقيقه بدون الأخذ بشكل من الرأسمالية الموجهة. ولذلك بدأ لينين فى استراتيجية التراجع. وكان أحد أجزائها هو التقيد إلى حد كبير بقواعد النظام العام.

JOHNN. HAZARD. ISAAC SHAPIRO and PETTER B. magge, The Soviet legal system oceana publications, Inc. Dobbs ferry, New York, 1969, pp. 5 and 6.

ولذلك وضعت هذه القواعد القانونية فى عام ١٩٢٢ والتزم القضاة بالتقيد بها. إلا أن هذا التقيد لم يحل دون منح القضاة سلطة واسعة فى مجال القانون الجنائى وهو القياس على التجريم. ووفقا لذلك، كان للقاضى الذى يقدر توافر الخطورة الاجتماعية لدى أحد الأشخاص أن يحكم عليه بالعقوبة ولو لم تصدر منه أية مخالفة لنص معين من نصوص قانون العقوبات. وقد وضع فى سنة ١٩٢٣ قانون للإجراءات الجنائية تضمن كثيرا من الأفكار التسلطية. ويبدو ذلك فى إنكار حق الصمت على المتهم، والسماح باتخاذ الإجراءات الماسة بالحرية سرا ضد المشتبه فى معارضتهم السياسية للنظام، وحرمان المتهم من ضمانات حريته ومنح رجال الأمن سلطات واسعة فى القبض والتحقيق.

HARLOD J BERMAN; Soviet criminal law and procedure, 2e edition, Cambridge., Massachusetts, 1972, p. 48.

وقد تم كل ذلك فى إطار ما يسمى بمرحلة الشرعية الثورية. ولم تدخل فكرة (حقوق المتهم) فى التشريع السوفيتى إلا منذ سنة ١٩٥٨ إذ تضمنتها مجموعة المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، ثم وردت فى قانون الإجراءات الجنائية الصادر سنة ١٩٦٠ الذى عنى بتحديد هذه الحقوق. وقد لوحظ أن هذا القانون الأخير قد تضمن كثيرا من التفاصيل التى أغفلت الإشارة إليها قوانين دول أوروبا الغربية، اكتفاء بإيضاحها فى كتب الفقه وأحكام القضاء. وقد عزا البعض اهتمام القانون السوفيتى الصادر سنة ١٩٦٠ بذكر هذه التفاصيل إلى أن رجال القانون السوفيت قد تعلموا دروسا مهمة من الخبرة المرة، وأنهم فكروا فى وضع هذه الدروس فى وثيقة تعكس فى الغالب كل موضوع يتعلق بالقضاء الجنائى مما يواجه الإنسان المعاصر، وأن هذه النصوص جاءت ضد خلفية أعوام التعسف والرعب.

HARLOD J BERMAN, op. cit, p 66 SCREVENS; Droit pénnal Comparé, Bruxelles, fasc. 2, pp. 94 - 109.

ويمكن القول بوجه عام إنه مما ساعد على أزمة قانون الإجراءات الجنائية فى الاتحاد السوفيتى (سابقا) أن نظرية القانون فى روسيا تعتبر القانون أداة سياسية وسلاحا فى يد الدولة الاشتراكية. ولا قيمة للقانون إلا كأداة لتحقيق الشرعية الاشتراكية. وفى المرحلة الثورية لهذه الشرعية والتى كانت ترمى إلى مجرد تأكيد سلطة الدولة، فرضت القيود على الحريات، وأجيز تجاهل احترام القانون إذا ثبت عجزه عن تحقيق غايته. ولما استتب نظام الدولة وتطور مضمون الشرعية الاشتراكية ولم تعد الدولة مجرد أداة لإحدى الطبقات، بدأ العمل فى احترام الحريات فى الإطار الذى تسمح به طبيعة النظام الماركسى المعمول به فى الاتحاد السوفيتى (سابقا).

د ـ النظام العنصرى

يعتمد النظام العنصرى Système de l'apartheid على فكرة «الاختلاف بسبب عدم المساواة». وفى جنوب إفريقيا كانت تتمتع الأقلية البيضاء بـ ٨٧٪ من مساحة الأرض، وهى التى تبلغ ١٨٪ من =

٤ـ دور المحكمة الدستورية العليا في حماية التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة

لئن كانت الشرعية الدستورية كما حددها الدستور هى التى تحدد الإطار الدستورى للتوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة، إلا أن إنفاذ أحكام هذه الشرعية يحتاج إلى قضاء دستورى يصونها ويحدد مدلولها. وقد تكفلت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بهذه المهمة عبر قضاء متطور، استطاعت من خلاله أن تستجلى كثيرا من القيم والمبادئ التى تقوم عليها الشرعية الدستورية. وقد أدت المحكمة الدستورية العليا رسالتها فى هذا الشأن بالنظر إلى أن نصوص الدستور - كما أوردتها الوثيقة الدستورية - تتصف بالعمومية، الأمر الذى يحتاج إلى كشف ما تنطوى عليه من مبادئ أساسية وضمان تكيف هذه المبادئ مع سائر القيم الدستورية التى يحيمها الدستور(١).

= مجموع السكان. وكان يقطن معظم الإفريقيين معهم فى هذه المساحة ولكن لا يحق لهم تملك أى قطعة من الأرض.

وكان الأشخاص ينقسمون وفقا لعناصرهم وطبقاتهم الاجتماعية. ويوجد حاجز عضوى يفصل بين أعضاء الأجناس المختلفة فى السيارات العامة والسكك الحديدية والحدائق ودور السينما والمسرح والمراحيض والشواطئ والنوادى والمقاهى والمطاعم والفنادق ومكاتب البريد وغير ذلك.

وقد انعكس هذا التمييز العنصرى فى نظام الإجراءات الجنائية، فالسلطة الحاكمة بما تملكه من أدوات القهر والتسلط جعلت قانون الإجراءات الجنائية أداة لخدمتها وتحقيق أهدافها على حساب الحريات فانتهكت الحقوق والحريات بالنسبة إلى جميع السكان؛ البيض والإفريقيين سواء بسواء. وكانت جنوب إفريقيا من أولى الدول البوليسية فى العالم لأنها ترفض الاعتراف لمعظم سكانها بأبسط الحقوق «الأساسية» للإنسان.

Atteintes portées à la déclaration universelle des droits de l'homme en Afrique du Sud, un étude de la commission internationale de juristes; objectif; justices, vol. 5, No. 4, 1973, p. 11.

(١) انظر فى التوازن الإجرائى داخل الخصومة الجنائية: دستورية عليا ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا، جـ٦ القاعدة ٤٣، ص ٦٨٦. و٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا، جـ٥، المجلد الثانى، ص ١٠٣.

وانظر فى التوازن داخل قانون العقوبات فى مجال التجريم والعقاب من خلال معيار الضرورة والتناسب، دستورية علية فى ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٣ لسنة ٧٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا حـ٧، قاعدة ٢٢، ص ٣٩٣. ٤ يناير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجيدة الرسمية فى ١٦ يناير سنة ١٩٩٧ (العدد ٣). ٥ يولية سنة ١٩٩٧ =

وقد عنيت المحكمة الدستورية العليا بمصر فى مجال تطبيق الشرعية الدستورية التى تحكم القانون الجنائى بأن تستجلى تميز هذا القانون عن غيره من القوانين فى تنظيم علاقات الأفراد بالمجتمع وفيما بين بعضهم البعض، فأكدت تميزه فى اتخاذ العقوبة أداة لتقويم الأفعال التى يأتونها بما يناقض أوامره ونواهيه. ويتطلب ذلك أن يكون الجزاء الجنائى ضروريا من الوجهة الاجتماعية ومتناسبا فى ذات الوقت.

وبوجه خاص عنيت المحكمة الدستورية العليا باستجلاء مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات، وإعطاء القيمة الدستورى لرجعية القانون الأصلح للمتهم، وتأكيد القيمة الدستورية لعدم جواز القياس فى تفسير نصوص قانون العقوبات، وتأكيد مبدأ شخصية المسئولية الجنائية مما لا يجوز معه فرض قرائن قانونية لإسناد الجريمة إلى غير مرتكبها الحقيقى. كما سنحت الفرصة للمحكمة الدستورية العليا أن تغوص فى أعماق الشرعية الدستورية لقانون الإجراءات الجنائية، فأضاءت بنور أحكامها نصوص الدستور التى تؤكد مبدأ حماية الحرية الشخصية والحق فى المحاكمة المنصفة وحق الدفاع وأصل البراءة فى المتهم وغير ذلك من الضمانات التى أحاط بها الدستور الإجراءات الجنائية.

وإذا كانت الشرعية الدستورية هى الإطار الذى يستظل به النظام القانونى، فإن المحكمة الدستورية العليا تنفرد دون سائر جهات القضاء بحمايتها على نوع فريد. فبالنسبة إلى القضاء الإدارى، فإنه - وإن تميز بسلطة الإلغاء - فإن هذا الإلغاء لا يرد إلا على القرارات الإدارية الفردية، أو على اللوائح إذا خالفت التشريع وحده. أما المحكمة الدستورية العليا، فإن قضاءها بعدم الدستورية يرد على نصوص تشريعية بما يؤدى إلى إلغاء أثرها التشريعى، كما أنها حين تمتد سلطتها فى هذا الشأن إلى اللوائح، يكون ذلك بالنظر إلى مخالفتها للدستور. ومن ناحية أخرى، تختلف وظيفة المحكمة الدستورية العليا عن وظيفة محكمة النقض، فهما وإن اشتركا معا

= فى القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧، العدد ٢٩. ١ سبتمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة السمية فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٩٧، العدد ٣٧. ٦ يونية سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٨ قاعدة ١٠٤، ص ٣٦٥. وفى هذا الحكم الأخير قالت المحكمة الدستورية العليا أنه ينبغى أن يوازن المشرع قبل تقرير الجزاء الجنائى بين الأفعال التى يجوز أن يتصل بها وأن يقدر لكل حال لبوسها.

فى حماية الحقوق والحريات - إلا أن الأولى تبطل أثر النصوص التشريعية حين تقضى بعدم دستوريتها، بخلاف الثانية، فإنها لا تلغى سوى الأحكام التى تخالف النصوص التشريعية. ولا غرابة فى كل ما تقدم؛ لأن المحكمة الدستورية العليا هى قاضى الدستور وتحاكم التشريع، بخلاف جهات القضاء الأخرى، فإنها قاضى التشريع وتحاكم أحكام المحاكم الأدنى درجة.

ونحن فى هذا المؤلف حين نستجلى الضمانات الدستورية التى تحكم القانون الجنائى، إنما نعتمد أساسا على قضاء المحكمة الدستورية العليا فى دراسة مقارنة مع القضاء الدستورى فى كل من فرنسا وألمانيا وإيطاليا والنمسا وأسبانيا، كلما اقتضى الأمر ذلك. أما أحكام القضاء العادى - وخاصة محكمة النقض - فإننا نبينها فى موضعها عند الاقتضاء لتأكيد التطبيق القضائى السليم للتشريع المطابق للدستور فيما يتعلق بالضمانات التى أتى بها التشريع إنفاذا لحكم الدستور.

٥- خطة البحث

نقسم دراستنا للقانون الجنائى الدستورى إلى قسمين: (الأول) الشرعية الدستورية فى قانون العقوبات. ونبحث فيه الضمانات الدستورية فى قانون العقوبات. (الثانى) الشرعية الدستورية فى قانون الإجراءات الجنائية. ونبحث فيه الضمانات الدستورية فى قانون الإجراءات الجنائية.

القسم الأول

الشرعيــة الدستوريــة
فى قانون العقوبات

مقدمة

٦ـ قانون العقوبات وحماية الحقوق والحريات

يهتم قانون العقوبات بمعالجة كل النواحى الأساسية التى يلزم مراعاتها لحسن سير الحياة الاجتماعية. وبينما تهتم سائر القوانين بتنظيم مجالات معينة من هذه الحياة، كالعلاقات المدنية التى يتكفل بها القانون المدنى، والعلاقات التجارية التى يتكفل بها القانون التجارى، نجد أن قانون العقوبات يتسع مجاله للحياة الاجتماعية بأسرها.

وفى إطار هذا المجال يهدف قانون العقوبات إلى حماية المجتمع على نحو يضمن ممارسة المواطنين لحقوقهم وحرياتهم بصورة آمنة، فضلا عن حماية المصلحة العامة. وهو فى مجال تأكيد هذه الحماية يعبر أصدق تعبير عن القيم التى يؤمن بها المجتمع فيما يتعلق بالحقوق والحريات والواجبات العامة التى يكفلها النظام القانونى للأفراد.

ويتميز قانون العقوبات عن سائر فروع القانون فى أسلوبه فى تقرير حماية الحقوق والحريات والواجبات العامة وإحداث التوازن فى قدر هذه الحماية، والذى يتمثل فى تجريم المساس بهذه الحقوق والحريات والواجبات. ويعبر عن هذا التجريم بعقوبات معينة يتعرض للحكم بها من يرتكب الأفعال المخالفة للقانون.

وفى ضوء ذلك يتبين أن الحقوق والحريات تنال أهمية فى قانون العقوبات من عدة زوايا:

(الزاوية الأولى): هى زاوية التجريم حيث يكفل هذا القانون حماية لهذه الحقوق والحريات من خلال إضفاء وصف التجريم على الأفعال التى تنال من هذه الحقوق والحريات، وهو ما نسميه بالحماية الجنائية. وتبدو هذه الحماية ظاهرة جلية فى القسم الخاص من قانون العقوبات.

(الزاوية الثانية): هى زاوية الإباحة، حيث يكفل هذا القانون حماية الحقوق والحريات، فلا يجوز إضفاء التجريم على أى ممارسة لها فى الحدود التى يقررها القانون. فالتمتع بهذه الحقوق وممارستها يكفله قانون العقوبات على الوجه الأكمل. ولا يجوز أن تمتد إلى ممارستها يد التجريم. فمثلا، إن كافة الحقوق والحريات المكفولة مثل حق التعبير وحق مخاطبة السلطات العامة وحق الدفاع والواجبات العامة، لا يمكن أن تكون ممارستها موضعا لأى تجريم مهما كان نوعه. ولهذا تعتبر ممارسة هذه الحقوق والحريات أسبابا أصلية للإباحة، طالما أن ممارستها تتم فى إطار المشروعية الكاملة. ولئن كانت أسباب الإباحة تتسع لكل حق قرره القانون وإن لم يكفله الدستور، إلا أن الحقوق والحريات التى تنال فى ذاتها قيمة دستورية لا تحتاج إلى نص فى التشريع، وتعتبر ممارستها عملا مشروعا يستمد مشروعيته من نصوص الدستور الصالحة للتطبيق مباشرة تطبيقا لسيادة الدستور.

ومن ناحية أخرى، فإنه إذا تنازعت الحقوق والحريات المحمية فإن المشرع يقرر الحماية للحقوق والحريات الأجدر بالرعاية وتعتبر ممارسة هذه الحقوق والحريات أسبابا لإباحة المساس بغيرها من الحقوق والحريات الأقل بالرعاية في الإطار الذي يرسمه القانون للتوازن بينها وبين الحقوق والحريات الأجدر بالرعاية

(الزاوية الثالثة): وتتعلق بالتوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة من خلال تحديد نطاق التجريم والعقاب، والمسئولية الجنائية. فلا يجوز أن يمتد التجريم أو العقاب أو أن تتقرر المسئولية الجنائية إلى المساس بأى حق أو حرية مما كفله الدستور. ومن خلال هذه الزاوية تتحدد الأحكام العامة لقانون العقوبات فيما يتعلق بالتجريم والعقاب والمسئولية الجنائية فى إطار ضمان الحقوق والحريات التى تتمتع بالشرعية الدستورية.

٧ ـ الحماية الدستورية الجنائية للحقوق والحريات

من الواضح أن الحماية الجنائية للحقوق والحريات هى من أعمال المشرع العادى واضع قانون العقوبات. إلا أن حركة المشرع فى هذه الحماية تخضع لأحكام الدستور. وقد يوجه الدستور المشرع لتجريم بعض الأفعال، كما هى الحال فى المادة ٥٧ من الدستور التى نصت على أن كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة

الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم. وكذلك ما نصت عليه المادة ٧٢ من الدستور المصرى التى نصت على أن تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب، ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون، وللمحكوم له فى هذه الحالة حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة. وهاتان المادتان ليستا كافيتين لتجريم الفعل المنصوص عليه فى كل منهما، ما لم يتدخل المشرع العادى بفرض العقوبة جزاء لهذا الفعل. وهنا يكون تدخل المشرع العقابى بناء على تكليف من الدستور.

وخلافا للحماية الجنائية التى تقع أصلا على عاتق المشرع العادى، فإن الحماية الدستورية للحقوق والحريات يتكفل بها الدستور. وتتحدد الشرعية الدستورية لهذه الحقوق وفقا لما ينص عليه الدستور مباشرة، أو بطريق غير مباشر.

٨ـ الشرعية الدستورية وقانون العقوبات

تكفل الشرعية الدستورية وضع المبادئ الدستورية التى تكفل حماية الحقوق والحريات فى دائرة أداء قانون العقوبات لوظيفته فى التجريم والعقاب حماية لهذه الحقوق[1]. وتحكم الشرعية الدستورية قانون العقوبات من خلال محورين هما:

(١) القانون الدستورى كعامل فى تحديد شرعية الجرائم والعقوبات، حيث يحدد أداة التجريم والعقاب من خلال مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات (المادة ٦٦/ ٢) وما يترتب عليه من ضرورة توافر صفات خاصة فى نصوص التجريم والعقاب، والتفسير الدقيق للنصوص الجنائية، ونطاق تطبيق قانون العقوبات (عدم رجعية قانون العقوبات، ورجعية القانون الأصلح للمتهم)، والضرورة والتناسب كمعيار للتجريم والعقاب.

(٢) القانون الدستورى كعامل فى توجيه قانون العقوبات، حيث يسهم الدستور من خلال الحقوق والحريات التى يكفلها والمقومات الأساسية للمجتمع (الباب

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسنى، الدستور والقانون الجنائى طبعة ١٩٩٢.

الثانى من الدستور المصرى) فى تحديد محل الحماية الجنائية . كذلك يسهم الدستور فى تحديد نطاق قانون العقوبات من حيث تحديد الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام الانتخاب، ويحدد جريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام (المادة ٧٢ من الدستور)، وجريمة الاعتداء على الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور (المادة ٥٧ من الدستور) وكذلك تحديد الجرائم التى تقع من الوزير فى أثناء تأدية وظيفته أو بسببها (المادة ١٥٩/ ١ من الدستور) وتحديد الجرائم التى يمكن أن يؤاخذ عنها أعضاء مجلس الشعب حيث لا يؤاخذهم عما يبدونه من الأفكار والآراء فى أداء أعمالهم فى المجلس أو فى لجانه (المادة ٩٨ من الدستور) كما يسهم القانون الدستورى فى تحديد العفو عن العقوبة أو تخفيفها حيث يجيز ذلك لرئيس الجمهورية، أما العفو الشامل فلا يكون إلا بقانون (المادة ١٤٩ من قانون العقوبات) مراعاة لما نص عليه الدستور من أن العقوبة شخصية .

٩ ـ التمييز بين الدائرة الدستورية والدائرة التشريعية فى قانون العقوبات

يحكم قانون العقوبات نوعان من المبادئ الدستورية؛ الأول عام يحكم سائر فروع القانون، والثانى خاص يحكم قانون العقوبات وحده. وتشكل هذه المبادئ بنوعيها الدائرة الدستورية فى قانون العقوبات. وبجانب هذه الدائرة توجد مبادئ أخرى يضعها المشرع فى إطار سلطته التقديرية، وتشكل الدائرة التشريعية فى قانون العقوبات.

وتخضع الدائرة الدستورية فى قانون العقوبات لرقابة المحكمة الدستورية العليا . وفى هذا الصدد قالت هذه المحكمة إن دستورية النصوص الجنائية تحكمها مقاييس صارمة تتعلق بها وحدها، ومعايير حادة تلتئم مع طبيعتها ولا تزاحمها فى تطبيقها ما سواها من القواعد القانونية، فقد أعلى الدستور قدر الحرية الشخصية، فاعتبرها من الحقوق الطبيعية الكامنة فى النفس البشرية، الغائرة فى أعماقها، والتى لا يمكن فصلها عنها، ومنحها بذلك الرعاية الأوفى والأشمل توكيدا لقيمتها، وبما لا إخلال فيه بالحق فى تنظيمها، وبمراعاة أن القوانين الجنائية قد تفرض على هذه الحرية ـ بطريق مباشر أو غير مباشر ـ أخطر القيود وأبلغها أثرا. وكان لازما بالتالى ألا يكون

النص العقابى محملا بأكثر من معنى، مرهقا بأغلال تعدد تأويلاته، وألا يكون مرنا متراميا على ضوء الصيغة التى أفرغ فيها، مغتالا ـ من خلال انفلات عباراته ـ حقوقا أرساها الدستور، مقتحما ضماناتها، عاصفا بها، حائلا دون تنفسها بغير عائق، ويتعين بالتالى أن يكون إنفاذ القيود التى تفرضها القوانين الجنائية على الحرية الشخصية، رهنًا بمشروعيتها الدستورية(١).

أما عن الدائرة التشريعية فى قانون العقوبات، فإن السلطة التقديرية للمشرع فى داخلها تضيق فى القسم العام من قانون العقوبات حيث يخضع فى الجزء الأعم من نصوصه للأسس الدستورية. وتتسع هذه السلطة فى قسمه الخاص إذ تحكمها اعتبارات السياسة الجنائية التى يتبناها المشرع وتقديره للضرورة والتناسب كأساس للتجريم فى كل حالة على حدة. ويمارس المشرع سلطته التقديرية فى نطاق الحماية الدستورية القائمة على التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة. ولا تخضع الدائرة التشريعية لرقابة المحكمة الدستورية العليا فيما تصدر فى نطاق السلطة التقديرية للمشرع فى مجال تنظيم الحقوق ما لم تخالف بها أهداف الدستور. على أن المحكمة الدستورية تستجلى هذه المخالفة، إذا كانت صارخة واضحة، كما إذا تم التجريم والعقاب بغير ضرورة أو تناسب بصورة واضحة لا يحتاج استخلاصها إلى إعادة تقدير، كما سنبين فيما بعد(٢).

---

(١) انظر دستورية عليا فى ٣ أغسطس سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٥ أغسطس سنة ١٩٩٦، العدد ٣٢.

T. Renoux; le conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire, collection droit public positif, éd. Economica, 1984, p. 527 - 531

(٢) انظر: بند ٦٤ من هذا الكتاب.

١٠ـ خطة الدراسة

ندرس موضوعات هذا القسم فى ثلاثة أبواب :

يعالج الباب الأول مبدأ الشرعية الجنائية ، فنبحث فى فصل أول أساس هذا المبدأ ، وانطلاقا من هذا الأساس نبحث فى فصل ثان الاختصاص التشريعى فى المسائل الجنائية ، فنبين مبدأ انفراد التشريع فى مسائل الحقوق والحريات ، ونطاق انفراد التشريع فى تحديد الجرائم والعقوبات ، وفى تحديد الإجراءات الجنائية .

ويعالج الباب الثانى اليقين القانونى الجنائى ، فنبحث فى فصل أول الصفات الخاصة فى النصوص الجنائية ، ونبحث فى فصل ثان التفسير الدقيق للنصوص الجنائية ، ثم نبحث فى فصل ثالث نطاق تطبيق قانون العقوبات ، سواء من حيث عدم رجعية قانون العقوبات أو من حيث رجعية القانون الأصلح للمتهم .

أما الباب الثالث ، فيعالج تأسيس التجريم والعقاب على التوازن بين الحقوق والحريات وسائر القيم الدستورية . وفى هذا الباب نبحث فى فصل أول التجريم والعقاب فى ضوء الضرورة والتناسب والتناسب . ونبحث فى فصل ثان ضمانات الحقوق والحريات فى مواجهة التجريم والعقاب .

الباب الأول

مبدأ الشرعية الجنائية

١١ ـ تمهيد

فيما يلى ندرس أساس هذا المبدأ سواء من الناحية الفلسفية أو من الناحية الدستورية، وبعد ذلك نبين مبدأ انفراد التشريع لتحقيق الشرعية، ثم نحدد نطاق هذا الانفراد فى تحديد الجرائم والعقوبات، ومدى امتداد هذا الانفراد إلى قواعد الإجراءات الجنائية.

الفصل الأول
الأساس الفلسفي والدستوري للمبدأ

١٢- نشأته

لم يظهر مبدأ الشرعية الجنائية إلا في اللحظة التي تحددت فيها سلطات الدولة وانفصلت كل منها عن الأخرى. ففي عهد الملكية المطلقة، كانت أوامر الملك تتمتع وحدها بقوة القانون الذي يكون له سلطة تجريم الأفعال بمطلق إرادته. وفي القرون الوسطى كان القضاة يملكون سلطة تحكميّة في تجريم الأفعال والعقاب عليها دون نص في القانون، وظلت الحال كذلك حتى اشتد نقد الفلاسفة والكتاب لهذا التحكم، وعلى رأسهم مونتسكيو وبيكاريا، كما ظهر مبدأ الفصل بين السلطات للحيلولة دون تحكم الملك أو القضاء ولحماية حقوق الإنسان، ونادوا بأن يكون للسلطة التشريعية وحدها حق وضع الجرائم وما يقابلها من عقوبات.

وقد أخذ القانون الإنجليزي بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات منذ أن صدر ميثاق هنري الأول، ثم تضمنه دستور كلاريندون، وأكده بعد ذلك العهد الأعظم Magna Charta الذي قرر سمو قواعد القانون في إنجلترا. وجاءت الثورة الفرنسية فأكدت هذا المبدأ في المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩. وجاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة عام ١٩٤٨ فنص على المبدأ المذكور. كما تضمنته الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة عام ١٩٥٠ (المادة ٧)، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ (٧١ ت ١٥). وهكذا يبين أن هذا المبدأ يعد من حقوق الإنسان ذات الطابع العالمي، ويعد من القيم التي يقوم عليها النظام الديمقراطي.

وتأكد هذا المبدأ في المادة ٦٦/ ٢ من الدستور المصري. وقد سبقت الشريعة

الإسلامية النظم القانونية الوضعية فى إقرار هذا المبدأ. وجاء ذلك فى قوله سبحانه وتعالى: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾ [الإسراء: ١٥]. ولكن الشريعة الإسلامية ميزت بين جرائم الحدود وجرائم التعزير فيما يتعلق بسند الشرعية. فجرائم الحدود هى التى حددها الشارع الإسلامى فى نصوص القرآن الكريم والسنة. أما جرائم التعزير، فيحدد الحاكم أو القاضى حدود التجريم فيها.

ويتحدد نطاق هذا المبدأ فى كل من الجريمة، والعقوبة، والإجراءات الجنائية.

١٣- فلسفة المبدأ

يقوم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بصفة أساسية على دعامتين هما: حماية الحرية الشخصية، وحماية المصلحة العامة.

أما عن حماية الحرية الشخصية، فقد قام هذا المبدأ كعلاج ضد مختلف صنوف التحكم التى عانت منها العدالة الجنائية ردحا طويلا من الزمان. فهذا المبدأ يضع للأفراد الحدود الواضحة لتجريم الأفعال قبل ارتكابها، فيبصرهم من خلال نصوص محددة جلية لكل ما هو مشروع أو غير مشروع قبل الإقدام على مباشرتها، كما يضمن لهم الأمن والطمأنينة فى حياتهم، ويحول بذلك دون تحكم القاضى، فلا يملك إدانة أحد إلا إذا كانت الجريمة المنسوبة إلى المتهم والعقاب الذى يتعرض له قد سبق النص عليه من قبل فى القانون. وقد عبر عن ذلك بيكاريا ـ مؤكدا فى ذلك ما سبق أن قاله مونتسكيو، من أن القوانين وحدها هى التى يمكن أن تحدد عقوبات الجرائم، وأن هذه السلطة لا يمكن أن يتولاها سوى المشرع بذاته، الذى يمثل المجتمع بأسره بمقتضى العقد الاجتماعى[(١)]. وهذا الذى نادى به بيكاريا ليس إلا تطبيقا لمبدأ انفراد المشرع بتنظيم حماية الحقوق والحريات، على النحو الذى أسلفنا بيانه.

وقد أخذت بعض التشريعات (فى إيطاليا وأسبانيا) بمبدأ الانفراد المطلق للتشريع الجنائى، وأصبح من معالم الشرعية الجنائية وجوب تطوير التدخل التشريعى بعمق

---

(١) Beccaria, Des délits et des peines, Librarie Dalloz, Genéve, 1965, P. q

فى المسائل الجنائية، وعدم إعطاء مكان للائحة فى هذا الصدد إلا فى حدود يسيرة للغاية[١].

ولهذا، فإن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات تلتزم به الدولة القانونية ـ خلافا للحال فى الدولة البوليسية ـ حيث يضمن القانون احترام الحقوق والحريات للأفراد فى مواجهة الدولة.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى فى قولها بأن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وإن اتخذ من ضمان الحرية الشخصية بنيانا لإقراره وتوكيده، إلا أن هذه الحرية ذاتها هى التى تقيد من محتواه، فلا يكون إنفاذ هذا المبدأ لازما إلا بالقدر وفى الحدود التى تكفل صونها[٢].

أما حماية المصلحة العامة، فتتحقق من خلال إسناد وظيفة التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية إلى المشرع وحده، تطبيقا لمبدأ انفراد المشرع بالاختصاص فى مسائل الحقوق والحريات، باعتبار أن القيم والمصالح التى يحميها قانون العقوبات لا يمكن تحديدها إلا بواسطة ممثلى الشعب. وهو ما عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا فى قولها بأن القيم الجوهرية التى يصدر القانون الجنائى لحمايتها، لا يمكن بلورتها من خلال السلطة التشريعية التى انتخبها المواطنون لتمثيلهم، وأن تعبيرها عن إرادتهم يقتضيها أن تكون بيدها سلطة التقرير فى شأن تحديد الأفعال التى يجوز تأثيمها وعقوباتها، لضمان مشروعيتها[٣]. وعلى هذا النحو يعرف المواطنون سلفا القيم والمصالح التى ينبنى عليها المجتمع والتى يحميها قانون العقوبات مما يسهم فى تنمية الروح الاجتماعية ويحقق التماسك الاجتماعى ويحافظ على الثقة بين الشعب والدولة، ويحقق الاستقرار فى المجتمع الذى يقوم عليه الأمن القانونى[٤].

ومن ناحية أخرى، فإن النواهى والعقوبات التى تتضمنها نصوص قانون العقوبات تسهم فى تحقيق الردع العام، فكما يقول مونتسكيو إن فاعلية العقوبة

---

(١) انظر: I. Tremeau, op. cit, P 256

(٢) Christine Lzerges, Le principe de légalité des délits et des peines; Delits et libertés fondamentaux, Dalloz,1996, P 328.

(٣) دستورية عليا فى ٢٢ فبراير عام ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١٠ فى ٦ مارس سنة ١٩٩٧.

(٤) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات (القسم العام) طبعة ١٩٩٦، ص ٣٢، ودستورية عليا فى ٢٢ فبراير عام ١٩٩٧ السابق الإشارة إليه.

تقاس بمقدار خشية العقاب التى تقاس بدورها بمقدار التأكد من توقيع العقوبة والإحاطة بها سلفا(١).

١٤ـ الانتقادات التى وجهت إلى مبدأ الشرعية الجنائية

تعرض مبدأ الشرعية الجنائية إلى عدة انتقادات خلال القرن التاسع عشر نبعت من تأثير المدرسة الوضعية فى علم الإجرام وتأثرت بعد ذلك ببعض التيارات السياسية والمذاهب الشمولية. وتتلخص هذه الانتقادات فى عجز المشرع عن إعطاء تعريف كامل وكاف للجرائم، مما يسمح بإفلات عدد من الأفعال غير الأخلاقية والخطرة التى لم ينص عليها التشريع صراحة، وهو ما يؤدى بالتشريع الجنائى إلى أن يصبح قانون الأشرار الذين يستطيعون تدبير نظم حياتهم على هامش التشريع دون الوقوع فى براثنه. ولهذا يرى أصحاب هذا الاتجاه التخفيف من حدة مبدأ الشرعية، وإضفاء المرونة على التجريم، والسماح بالتفسير عن طريق القياس، حتى لو تطلب الأمر العدول عن هذا المبدأ.

وساق أصحاب هذا الرأى تأييدا لانتقادهم حجة تقول بأن التجريم والعقاب الذى يتولاه المشرع لا يراعى شخصية المجرم، وأن هناك أشخاصا خطرين من الملائم احتجازهم وإبعادهم عن المجتمع قبل ارتكاب الجريمة لمدة غير محددة سلفا بواسطة التشريع أو القاضى حتى تزول عنهم خطورتهم.

وقد لقى هذا الانتقاد تجاوبا مع تشريعات الدول التسلطية مثل ألمانيا النازية، والاتحاد السوفييتى (سابقا) قبل عام ١٩٥٩ وإيطاليا فى العهد الفاشى فى حدود معينة. وقد قوبل هذا التراجع عن الشرعية بقلق شديد من جميع المناصرين للشرعية وتجلى رد أفعالهم بوضوح فى المؤتمر الدولى الرابع لقانون العقوبات المنعقد فى باريس عام ١٩٣٧ والمؤتمر الدولى للقانون المقارن المنعقد فى لاهاى فى ذات العام، حيث أكد المؤتمران فى مواجهة أعداء الشرعية القيمة الأساسية للشرعية فى المسائل الجنائية(٢).

---

(١) انظر: Saint - Hillaire, La crise du principe de la légalité, Cours de doctorat, La Caire, 1966, p. 38.

(٢) Ancel, Apropos de quelques discussions récentes pour la régle Nulla poena sine lege, Rev. Sc. Crim., 1973, p. 670.

وانظر فى ذات العدد من مجلة العلم الجنائى (Rev. sc. crim.) ص ٧٥٠ و ٧٥٥ معلومات عن نتائج هذين المؤتمرين.

ولاشك فى أن هذه الانتقادات تعبر فى ذاتها عن الفكر المعادى للحرية وغيرها من حقوق الأفراد، فالمناداة بمعاقبة الخطرين لمجرد حالتهم النفسية الخطرة دون الإتيان بأى فعل مادى، يعبر فى ذاته عن خطر التحكم والمساس بالحريات دون جريرة ارتكبها أصحابها، كما أن إنكار الشرعية يطلق العنان لتحكم القضاة فى تحديد ما يعد جريمة بعيدا عن حكمة المشرع الذى يوازن بين حقوق الفرد وحقوق المجتمع، ويعرضهم للخضوع فى هذا التحديد للاتجاهات السياسية. وقد لوحظ أن معاداة الشرعية لم تقتصر على جانب قانون العقوبات فحسب، بل امتدت كذلك إلى قانون الإجراءات الجنائية حيث اتجهت بعض التشريعات إلى إنشاء محاكم استثنائية لا تستند إلى القانون، وإلى اتخاذ إجراءات استثنائية بقرارات إدارية. وهو ما يعرض الحقوق والحريات لأخطار تحكم الإدارة.

١٥ـ الأساس الدستورى لمبدأ الشرعية

يتمتع مبدأ شرعية الجرائم بقيمة دستورية. وقد أكد الدستور المصرى عام ١٩٧١ صراحة ومباشرة هذا المبدأ فى المادة ٦٦ منه، ومن قبله أكده دستور عام ١٩٢٣ (المادة السادسة). وتمتد جذور هذا المبدأ إلى متطلبات سيادة القانون وديمقراطية نظام الحكم. ومن ثم، فإن اعتباره من مقومات الشرعية الدستورية لا يستند فحسب إلى صريح نص المادة ٦٦ من الدستور، بل يعتمد كذلك على ما نص عليه الدستور فى المادة ٦٤ من أن سيادة القانون أساس الحكم فى الدولة، وما نص عليه فى المادتين ٢ و٤ من الدستور بشأن ديمقراطية نظام الحكم. كما يستخلص هذا المبدأ كذلك مما قررته المادة ١٨٧ من الدستور من أن الأصل فى أحكام القوانين هو سريانها اعتبارا من تاريخ العمل بها[١]. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر مضمون هذا المبدأ وأعلت قيمته الدستورية فى عدد من أحكامها[٢].

---

(١) دستورية عليا فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٠ فى ٦ مارس سنة ١٩٩٧.

(٢) دستورية عليا فى ٩ مايو سنة ١٩٨١ فى القضية رقم ٥ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» والقضايا ١ و ٢ و٣ لسنة ١ قضائية «دستورية» و ٢٧ لسنة ٢ قضائية «دستورية»، ١٥ مايو سنة ١٩٨٢ فى القضية رقم ٣٩ لسنة ٣ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٢ ص ٤٥، ٤ إبريل سنة ١٩٨٧ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ٦ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٤ ص ١٩، ١٦ إبريل ١٩٩١ فى =

وعلى الرغم من عدم النص على هذا المبدأ فى الدستور الفرنسى القديم، فقد أكد الفقه الجنائى قيمته الدستورية على أساس أنه جزء من القانون العام العرفى فى فرنسا(١). وهو قانون أسمى من التشريع ذاته لا يمكن المساس به. كما انتهى العميد ديجيه إلى النتيجة ذاتها اعتمادا على أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ قد أكد قيمة الدستورية مع جميع المبادئ المترتبة عليه(٢). وجاء كل من دستورى عام ١٩٤٦ وعام ١٩٥٨ فأكد بصفة رسمية فى مقدمة كل منهما أن إعلان عام ١٧٨٩ سالف الذكر يحتل مكانا رفيعا فى قمة البناء القانونى الفرنسى، ويأخذ موقع القلب من «الكتلة الدستورية» التى تحتوى على الحقوق والحريات التى تتمتع بالقيمة الدستورية. وقد أكد المجلس الدستورى الفرنسى، منذ حكمه المهم الصادر فى ١٦ يوليو عام ١٩٧١، هذا المعنى ومارس رقابته الدستورية السابقة للتحقق من مطابقة التشريع لهذا المبدأ الدستورى(٣).

وننبه إلى أنه على الرغم من الطابع الدستورى لمبدأ الشرعية، إلا أن القاضى الجنائى الفرنسى لا يستطيع استبعاد قانون يرى أنه يصطدم مع هذا المبدأ، لأنه ليس مختصا بالفصل فى دستورية القوانين، ولا يجوز له أن يمارس الدور الذى يضطلع به المجلس الدستورى.

ويتكامل هذا المبدأ مع عدة مبادئ دستورية أخرى هى مبدأ المساواة، وأصل افتراض البراءة فى المتهم، ومبدأ المحاكمة المنصفة. وتسهم كل هذه المبادئ فى تحديد نطاق التجريم والعقاب الذى يتم طبقا لشرعية الجرائم والعقوبات(٤).

= القضية رقم ٢١ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٤ ص ٣٢٤، وفى القضية رقم ١٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٤ ص ٣١١، ٧ مارس ١٩٩٢ فى القضية رقم ٤٣ لسنة ٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٥ (المجلد الأول) ص ٢٤٠.

(١) Garcon, C. pen. annoté I, Art 4, No.34; Garroud, Traité, pén, I, No. 125.

(٢) Dugit, Tr. Droit constitutionnel, II, No. 998.

(٣) 71-49 Dc 16 Juilliet. 1971, Rec. No. 29

(٤) انظر بوجه خاص قرارات المجلس الدستورى فى ١٩ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨١ بشأن قانون الأمن والحرية "Securité et liberté" الصادر فى ٢ فبراير سنة ١٩٨١.

(Dc 19-20 Janv, 1981, D.,1982-441).

الفصل الثـانى

الاختصاص التشريعى
فى المسائل الجنائية

١٦ـ تمهـــــيد

يعتـمد الاختصـاص التشريعى فى المسائـل الجنائية على أصل دستورى هو مـبدأ انفراد التـشريع بتنظيم الحـقوق والحريات. وينبنى على هـذا الأصل تحديد نطاق هذا الانفراد فى تحديد الجرائم والعقوبات، وفى تحديد الإجراءات الجنائية.

وفيما يلى نعالج هذه المسائل فى ثلاثة مباحث متعاقبة.

المبحث الأول
مبدأ انفراد التشريع بالاختصاص
فى مسائل الحقوق والحريات

١٧ـ انفراد التشريع بتنظيم الحقوق والحريات

أوضحنا فيما تقدم أن مبدأ الشرعية يعتمد على السلطة التشريعية فى تحديد الجرائم والعقوبات، وذلك باعتبار أن هذه السلطة تمثل المجتمع بأسره بمقتضى العقد الاجتماعى.

فلقد جاء مبدأ الشرعية ثمرة لكفاح بين السلطة والفرد، فقد عاشت المجتمعات فترة طويلة تستأثر فيها الطبقات الحاكمة بجميع السلطات، واتسم القرنان الثامن عشر والتاسع عشر بسيطرة الطبقة الأرستقراطية والبورجوازية من أجل الاحتفاظ بجميع السلطات فى يدها، وأدى فى النهاية إلى وقوع صدام بين البرلمان وبين الحكومة، ثم أسفر الصراع فى النهاية إلى تأكيد سيادة الشعب، واستئثار البرلمان بسلطته فى التشريع فى كل ما يتعلق بالحقوق والحريات. وقد عبر عن ذلك كاريه دى مالبيرج فى قوله إن سيادة البرلمان تنبع من سيادة الشعب.

وقد أسفر هذا التطور عن مبدأ مهم هو سيادة القانون بما فى ذلك الدستور، وهو السمة المميزة للدولة القانون، للحيلولة دون تحكم السلطة وانحرافها. وفى إطار هذا المبدأ كان يتعين تحديد دور السلطة التشريعية بالمقارنة بدور السلطة التنفيذية؛ فكل منهما يملك سلطة إقرار قواعد قانونية الأولى فى صورة التشريع والثانية فى صورة اللوائح. إلا أن توزيع الاختصاص بين هاتين السلطتين فى مجال القواعد القانونية لا يتم إلا فى إطار مبدأ الشرعية أى سيادة القانون. فوفقا لهذا المبدأ يخضع الجميع للقانون، فجميع السلطات تخضع للدستور، والسلطة التنفيذية تخضع أيضا فيما تسنه من لوائح للتشريعات التى تقرها السلطة التشريعية. ومن هنا كان التدرج بين القواعد القانونية سمة من سمات الشرعية أى سيادة القانون. فالسلطة التشريعية تلتزم باحترام القواعد الدستورية و ما يتطلبه الالتزام بما تضمنته هذه القواعد بشأن

الحقوق والحريات بضمانها فيما تقرره من تشريعات، والسلطة التنفيذية تلتزم بتمكين الأفراد من ممارسة حقوقهم وحرياتهم العامة فى مواجهتها وكفالة احترامها[١] .

فإذا كانت الحقوق والحريات تتم مباشرتها فى مواجهة السلطة التنفيذية؛ فإن السلطة التشريعية مكلفة باسم الدستور بكفالة هذه الحقوق والحريات. وذلك لعلة واضحة هى أن السلطة التشريعية تتم ممارستها بواسطة ممثلى الشعب صاحب السيادة. لهذا كان طبيعيا أن يستأثر التشريع الصادر عن هذه السلطة بضمان الحقوق والحريات، وهو ما يعرف بمبدأ انفراد التشريع "La réserve de loi" . ويتفق ذلك مع أفكار لوك Locke التى تقوم على أن اجتماع أعضاء المجتمع (أى البرلمان) يكمن فى ضرورة حماية «الحرية» و «الملكية»، ومن ثم فإن كل تشريع يعالج هذه المسائل يتطلب موافقة أطراف العقد الاجتماعى، ولا شك فى أن هذه النظرية قد أقامت علاقة وثيقة بين انفراد التشريع وحماية الحقوق والحريات، فأكدت أن كل تدخل يتعلق بالحرية يجب أن يكون من عمل المشرع، أى صادرا بموافقة ممثلى أصحاب الحقوق والحريات. وقد أكد الفقه الألمانى هذه العلاقة الوثيقة بين الحقوق ومبدأ انفراد التشريع[٢] . وقد عبر عن ذلك المجلس الدستورى الفرنسى فى عبارة قصيرة أدخلها فى أسباب قراره الصادر فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٧٣، تقول بأن سلب الحرية يتعلق بالمشرع[٣] .

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن الدستور لم يعقد للسلطة التنفيذية اختصاصا ما بتنظيم شيء مما يمس الحقوق التى كفلها الدستور، وأن هذا التنظيم يتعين أن تتولاه السلطة التشريعية بما تصدره من قوانين، فلا يجوز لها أن تسلب من اختصاصها ويحيل الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية دون أن تقيدها فى ذلك بضوابط عامة وأسس رئيسية تلتزم بالعمل فى إطارها[٤] .

(١) Térâme; La réserve de loi, Economica, 1997, p. 16.

(٢) انظر: J Tremeau, op. cit., p. 26.

(٣) "la privation de liberté reléve de la loi" Cons. const. 28 Novembre1973, D. 1974. 269

(٤) دستورية عليا فى ٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٠ القضية رقم ٢٤٣ لسنة ٢١ قضائية «دستورية». وفى هذا الحكم قضت المحكمة الدستورية العليا بأن نص المادتين ٨ و ١١ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ المشار إليهما بما تضمنها من تفويض وزير الداخلية فى تحديد شروط منح جواز السفر، وتخويله سلطة رفض منح الجواز أو تجديده، وكذا سحبه بعد إعطائه، إنما يتمخض عن تنصل المشرع من وضع الأسس العامة التى تنظم موضوع جوازات السفر بأكمله، على الرغم من كونها الوسيلة الوحيدة لتمكين المواطن من مغادرة بلده والرجوع إليه، وارتباط ذلك ارتباطا وثيقا بالحقوق التى يكفلها الدستور

١٨- ماهية مبدأ انفراد التشريع

أوضحنا أن مبدأ انفراد التشريع يعنى اختصاص المشرع وحده بمعالجة المسائل التى تدخل فى اختصاصه. ويعنى هذا المبدأ أن السلطة التنفيذية لا تملك من خلال اللوائح معالجة المسائل التى تدخل فى اختصاص المشرع وحده. ومن ناحية أخرى، يعنى هذا المبدأ أن المشرع لا يملك أيضا الإفلات من مسئوليته فى معالجة هذه المسائل وتوفير الضمانات لممارسة الحقوق والحريات، على أن ذلك المبدأ لا يصادر حق السلطة التنفيذية من خلال اللوائح فى تنظيم وتنفيذ ما أقره المشرع.

ويتعين التمييز بين مبدأ «انفراد التشريع»، ومبدأ «أولوية التشريع» Préference de loi. فهذا المبدأ الأخير يحدد قيمة التشريع بالنظر إلى القواعد القانونية اللائحية، بخلاف المبدأ الأول، فإنه يحدد المجال الذى يعمل فيه التشريع منفردا. فبينما يحدد مبدأ انفراد التشريع الموضوعات التى يستأثر التشريع وحده بمعالجتها، فإن أولوية التشريع يحدد مكانته بالنظر إلى القواعد القانونية التى تصدر عن السلطة اللائحية. وكلا المبدأين - كما هو واضح - مختلفان، فانفراد التشريع يحدد اختصاص المشرع، بينما تحدد أولوية التشريع مكانته السُّلَّم التشريعى للقواعد القانونية من منظور تدرج القواعد القانونية فى إطار النظام القانونى الواحد.

ويهدف مبدأ (انفراد التشريع) إلى أن يكون تنظيم ممارسة الحقوق والحريات ورسم حدودها بواسطة ممثلى الشعب، وإلى الحيلولة دون تدخل السلطة التنفيذية فى المساس بهذه الحقوق والحريات دون موافقة السلطة التشريعية الممثلة للشعب سلفا. فالتشريع على هذا النحو هو السند الذى يتوقف عليه تنظيم ممارستها ورسم حدودها. إنه هو التعبير عن موافقة الشعب من خلال النظام النيابى عما يمكن القيام به فى مجال يتعلق به وحده وهو الحقوق والحريات. إنه لا يعنى أكثر من منع تدخل السلطة التنفيذية من تلقاء نفسها وبغير إذن من المشرع فى هذا المجال، فعندما يتعلق الأمر بتعيين الحدود التى تتم فيها ممارسة الحقوق والحريات فثمة سلطة واحدة فى الدولة هى المختصة بذلك أصلا، هذه السلطة هى السلطة التشريعية. وفى هذا الشأن ذهبت المحكمة الدستورية العليا فى مصر إلى أن الأصل فى سلطة المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق هو إطلاقها، باعتبار أن جوهر تلك السلطة هو المفاضلة التى يجريها بين البدائل المختلفة التى تتصل بالموضوع محل التنظيم التشريعى، موازنا بينها، مرجحا ما يراه أنسبها لفحواه، وأحراها بتحقيق الأغراض التى يتوخاها،

وأكفلها لأكثر المصالح وزنا فى مجال إنفاذها. وليس ثمة قيد على مباشرة المشرع لسلطته هذه، ما لم يكن الدستور قد فرض فى شأن ممارستها ضوابط محددة[1].

١٩ـ نطاق انفراد التشريع

والتشريع بوصفه صادراً من أقدر السلطات على استجلاء جوانب الصالح العام، والتعبير عن مقتضياته ـ لارتباط هذه السلطة بإرادة الشعب ـ هو الذى يمكن أن يضمن التوازن بين الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة. وهو إذ يفعل ذلك لا يجوز أن ينال من تلك الحقوق والحريات بما يقلص من محتواها، أو يجردها من خصائصها أو يقيد من آثارها، وإلا كان هذا التنظيم مخالفا للدستور[1]. وفى هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا: إن الأصل فى سلطة المشرع فى مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتكون تخوما لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها، وكان الدستور إذ يعهد إلى السلطة التشريعية بتنظيم موضوع معين، فإن ما تقره من القواعد القانونية فى شأن هذا الموضوع، لا يجوز أن ينال من الحقوق التى كفل الدستور أصلها، سواء بنقضها أو بانتقاصها من أطرافها، ذلك أن إهدار هذه الحقوق أو تهميشها عدوان على مجالاتها الحيوية التى لا تتنفس إلا من خلالها، ولا يجوز بالتالى أن يكون تنظيم هذه الحقوق اقتحاما لفحواها، بل يتعين أن يكون منصفا ومبررا [2]. وأكدت فى حكم آخر لها بأنه إذا كفل الدستور حقا من الحقوق، فإن القيود عليه لا يجوز أن تنال من محتواه، إلا بالقدر، وفى الحدود التى ينص عليها الدستور[3].

وفى هذا المعنى، قضت محكمة النقض[5] أن مؤدى المادة ٤١ /١ من الدستور أن

(١) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية عليا فى ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٢٧ ص ٤٧٠.

(٣) دستورية عليا فى ٦ إبريل سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٣٣ ص ٥٥١.

(٤) دستورية عليا فى ١٥ إبريل سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام بند ٥٠ ص ٤٢٣ الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٤١ ص ٦٣٧.

(٥) نقض ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣، مجموعة الأحكام س٤٤ رقم ١١٠ ص ٧٠٣. وفى ذات المعنى، نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٥ س٢٦ رقم ١٨٨ حيث قضت محكمة النقض بأن المادة ٤١ من الدستور نسخت ضمنا المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية.

أى قيد يرد على الحرية الشخصية بوصفها حقا طبيعيا من حقوق الإنسان - يستوى فى ذلك أن يكون القيد قبضا أو تفتيشا أو حبسا أو منعا من التنقل أو كان دون ذلك من القيود - لا يجوز إجراؤه إلا فى حالة من حالات التلبس كما هو معروف قانونا، أو بإذن من السلطات القضائية المختصة، ولا يغير من ذلك عبارة «وفقا لأحكام القانون» التى وردت فى نهاية تلك المادة، بعد إيرادها الحالتين اللتين يجوز فيهما القبض والتفتيش على السياق المتقدم، لأن هذه العبارة لا تعنى تفويض الشارع العادى فى إضافة حالات أخرى تتيح القبض على الشخص وتفتيشه، والقول بغير ذلك يفضى إلى إمكان تعديل نص وضعه الشارع الدستورى بإرادة الشارع القانونى وهو ما لا يفيده نص المادة ٤١ من الدستور، وإنما تشير عبارة «وفقا لأحكام القانون» إلى الإحالة إلى القانون العادى فى تحديد الجرائم التى يجوز فيها صدور الأمر بالقبض على الشخص وتفتيشه، وبيان كيفية صدوره إلى غير ذلك من الإجراءات التى يتم بها القبض والتفتيش. واستخلصت محكمة النقض بناء على ما تقدم أن ما قضى به الدستور فى المادة ٤١ منه من عدم جواز القبض والتفتيش فى غير حالة التلبس إلا بأمر يصدر من القاضى المختص أو النيابة العامة وفقا لأحكام القانون، يكون حكما قابلا للإعمال بذاته، وأن ما نصت عليه المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية من تخويل مأمور الضبط القضائى الحق فى تفتيش الشخص إذا ما قامت ضده فى أثناء تفتيش منزل المتهم قرائن قوية على أنه يخفى معه شيئا يفيد فى كشف الجريمة دون أن يصدر أمر قضائى ممن يملك سلطة إصداره أو أن تتوافر فى حقه حالة التلبس يخالف حكم المادة ٤١ من الدستور على السياق المتقدم، مما يجعل المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية تعد منسوخة ضمنا بقوة الدستور نفسه منذ تاريخ العمل بأحكامه دون تربص إصدار قانون أدنى ولا يجوز الاستناد إليها فى إجراء القبض والتفتيش منذ ذلك التاريخ.

وقد كان مجلس الدولة المصرى(١) سباقا إلى إعلاء مبدأ انفراد التشريع فى مسائل الحقوق والحريات، إذ قضت محكمة القضاء الإدارى فى باكورة أحكام مجلس الدولة فى حكم شهير لها بأن الحريات العامة فى مصر، إذا أجاز الدستور

---

(١) انظر حكم محكمة القضاء الإدارى فى ٢٦ يونية سنة ١٩٥١، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإدارى س٥ بند ٣٥٧ ص ١٠٩٩، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محاكم مجلس الدولة، والحقوق والحريات العامة.

تقييدها، فإنها لا تقيد إلا بتشريع . وهذا هو أيضا المبدأ الذى انعقد عليه إجماع رجال الفقه الدستورى، فقد قرروا أن ضمانات الحقوق هى نصوص دستورية تكفل لأبناء البلاد تمتعهم بحقوقهم الفردية، وهى تسمو إلى مرتبة القوانين الدستورية، فتكون معصومة لا سلطان للمشرع عليها، إلا إذا أجاز الدستور تنظيمها بنص خاص، وفى هذه الحالة يتعين أن تكون القيود التى ترد عليها قيودا تقررها القوانين(١) .

وخلاصة ما تقدم، فإن منطقة تنظيم الحقوق والحريات محرمة على غير المشرع، متروكة له وحده لكى ينفرد بها بوصفه ممثلا لإرادة الشعب . ويمارس انفراده هذا فى حدود الدستور .

وقد تطورت فكرة انفراد التشريع لكى تتسع بعد ذلك لمناطق أخرى مثل تنظيم السلطات العامة(٢) . ومن ناحية أخرى، فإن هذا الانفراد لا يقتصر على مناطق معينة عن طريق التدخل، وإنما يتطلب أن يتمثل هذا التدخل فى صورة قواعد قانونية لتنظيم المنطقة المحجوزة للمشرع . ويلتزم المشرع فى ممارسة سلطته التى يستأثر بها أن يفعل ذلك بالكيفية التى حددها الدستور وعهد بها إليه، مما يتطلب أن يكون التنظيم مستهدفا تحقيق المقاصد التى عبر عنها الدستور .

وقد عنى الدستور الفرنسى (١٩٥٨) بتحديد الحالات التى ينفرد بها التشريع، وميز فى هذا النطاق بين القواعد régles والمبادئ الأساسية Principes fondamentaux، فنص على أن التشريع يحدد القواعد المتعلقة بالحقوق المدنية والضمانات الأساسية للمواطنين فى ممارسة الحريات العامة، وتحديد الجرائم والعقوبات، والإجراءات الجنائية، والعفو عن الجرائم، وإنشاء درجات المحاكم، والنظام الأساسى للقضاة، مع غير ذلك من الموضوعات . ونص الدستور الفرنسى على أن التشريع يحدد المبادئ الأساسية للتنظيم العام للدفاع الوطنى، والتعليم، ونظام الملكية، والحقوق العينية، والالتزامات المدنية والتجارية، مع غيرها من موضوعات . وفى ضوء ذلك عنى المجلس الدستورى الفرنسى بتقرير أن اللائحة تُعمل "mise en oeuvre" أى تنفذ القاعدة التى تضمنها التشريع(٣)، وأنها تضع

---

(١) انظر الدكتور فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصرى فى حماية الحقوق والحريات العامة ١٩٨٨ جزء أول ص ١٨٧ و ١٨٨ .

(٢) I.Tremeau, op. cit., p. 37.

(٣) Françaıs Luchaire, Le constituionnel t. III, 1999,no. 335, p. 185.

وسائل تطبيق "modalités d'application" المبادئ الأساسية التى يحددها التشريع(١).

وتخضع السلطة التشريعية فى هذه الممارسة - كما بينا من قبل - لرقابة المحكمة الدستورية العليا.

وفى ضوء كل ما تقدم يمكن التعبير عن مظاهر انفراد التشريع فى ثلاثة أمور، أولها: أن هذا الانفراد يتعلق بالحقوق والحريات وغيرها من المجالات التى يحددها الدستور. ثانيها: أنه يتحدد بأهداف معينة عبر عنها الدستور ولا يجوز للسلطة التقديرية للمشرع أن تتجاوزها أو تنحرف عنها فى الكيفية التى يباشر فيها اختصاصه الفريد. وثالثها: أنه انفراد مانع، يحول دون مشاركة السلطة التنفيذية فيه عن طريق اللوائح إلا فى الحدود التى ينص عليها التشريع طبقا للدستور.

ومع ذلك، فإن انفراد التشريع كمبدأ عام ليس مطلقا، فقد جعل الدستور هذا الانفراد نسبيا فى حدود معينة، كما سنبين فيما بعد.

٢٠ـ التمييز بين الانفراد التشريعى المطلق والانفراد التشريعى النسبى

ميز جانب من الفقه الإيطالى بين نوعين من الانفراد التشريعى، انفراد مطلق "absolue"، وآخر نسبى "relative". كما ميز من ناحية أخرى بين الانفراد العادى والانفراد المدعم "renforcée".

ويتحدد التمييز بين الانفراد المطلق والانفراد النسبى بالنظر إلى العلاقة بين التشريع واللائحة، فى ضوء مدى التزام المشرع وحده بتنظيم المسائل التى تدخل فى اختصاصه ومدى قدرته فى أن يعهد بجزء منها إلى السلطة التنفيذية. فيكون الانفراد مطلقا إذا ما التزمت السلطة التشريعية وحدها بالتنظيم المتكامل للمسألة التى تدخل فى اختصاصها، مع استبعاد أية إمكانية لتدخل السلطة التنفيذية من خلال اللوائح فى هذا الشأن، بحيث يكون التشريع هو المصدر الوحيد فى هذه المسألة. أما الانفراد النسبى، فيكون عندما ينظم المشرع العناصر الأساسية للمسألة التى تدخل فى اختصاصه، مقتصرا على وضع القواعد العامة والأسس الرئيسية لها

(١) Dés. du aôut 1985, Recueil juris const., p 234.

تاركا للسلطة اللائحية مهمة معالجة نقاط محددة فى هذا الشأن . ويكفى فى هذه الحالة أن يضع التشريع الإطار الذى تمارس فيه السلطة التنفيذية سلطتها اللائحية(١) .

وفى الانفراد التشريعى النسبى يخضع العمل اللائحى لما عبر عنه التشريع من قواعد تغطى المنطقة التى ينفرد بتنظيمها ، فتلتزم بها السلطة اللائحية فيما تضعه من قواعد . وفى هذا الانفراد النسبى لا يمكن للوائح إلا أن تكون بناء على التشريع . ذلك أن مبدأ انفراد المشرع يعنى وبغير استثناء أن التشريع وحده هو الذى يحدد القواعد الأساسية ، وتلتزم السلطة اللائحية باحترامها وبعدم استحداث قواعد جديدة خارج إطار ما حدده التشريع من قواعد أساسية ، مما مقتضاه أنه لا يجوز للائحة التنفيذية أن تجرى تعديلا أو تعطيلا للتشريع أو إعفاء من تنفيذ بعض أحكامه ، وإنما يقتصر دورها على التنظيم اللائحى للتشريع فى الحدود التى رسمها الدستور فى شأن اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين(٢) .

ويلاحظ أن الانفراد المطلق للتشريع يعنى أن التشريع يقدم تنظيما متكاملا للمسألة التى يعالجها أكثر مما هو عليه فى حالة الانفراد النسبى . على أن الانفراد المطلق لا يحول دون تقيد المشرع بأحكام الدستور . وواقع الأمر ، أن هذا التمييز لا طائل تحته ، ذلك أن الانفراد المطلق لا يحول دون قيام السلطة التنفيذية بتنفيذ القوانين من خلال اللوائح . فالتنظيم اللائحى التنفيذى للقوانين لا يمس طابع الانفراد المطلق للتشريع ، لأن اللائحة لا تزاحم التشريع فى اختصاصه ، وإنما يقتصر دورها على تنفيذ ما أمر به التشريع . وقد عبر عن ذلك الفقيه Kelsen فى قوله بأن المظهر التطبيقى للعمل اللائحى يجب أن يخضع إلى نحو كبير لما استحدثه التشريع من قواعد ، وإلا فقدت اللائحة مشروعيتها إن هى تدخلت فى مسألة تخضع للانفراد التشريعى المطلق . ولهذا ، فإنه من المقرر أن اللائحة التنفيذية يجب أن تحدد مسارها فى تنفيذ التشريع بمعالجة المسائل ذات الطابع الفنى لتنفيذ إرادة المشرع وتوجهاته السياسية(٣) .

---

(١) انظر : Jérôme Tremeau, op cit., p. 47

(٢) انظر فى هذا المعنى دستورية عليا فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٨ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٣٣ ص ٤٧٣ ، ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستور العليا جـ٧ قاعدة رقم ٢٣ ص ٤٢٤ .

(٣) انظر : Jerême Tremeau, op. cit., p. 51, 52.

أما التمييز بين الانفراد العادى والانفراد المدعم فينصرف إلى نطاق التحديد الدستورى لهذا الانفراد، ففى حالة الانفراد العادى يعهد الدستور للمشرع بتنظيم مسألة معينة دون ضوابط محددة فيطلق بذلك نطاق السلطة التقديرية للمشرع بخلاف الحال فى حالة الانفراد المدعم، فإن الدستور يحدد معنى ومضمون التنظيم المتروك للمشرع. وبعبارة أخرى، فإن المشرع فى مزاولته لاختصاصه لا يراعى فقط النطاق العام الذى حددته القواعد الدستورية فى مجموعها، وإنما عليه أيضا مراعاة القواعد أو الضوابط التى وضعها الدستور خصيصا لتحديد إطار انفراد التشريع فى مسألة معينة. مثال ذلك ما نص عليه الدستور الإيطالى فى المادة ١٦/ ١ بشأن حرية انتقال المواطنين داخل إقليم الدولة (مع مراعاة القيود التى يضعها التشريع بصفة عامة لأسباب متعلقة بالسلامة والأمن). وكذلك الشأن فيما نص عليه الدستور المصرى فى المادة ٤١/ ١ من أنه لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، وما نصت عليه المادة ٤٨ من الدستور المصرى من أنه يجوز استثناء فى حالة إعلان الطوارئ أو زمن الحرب أن يفرض على الصحف والمطبوعات ووسائل الإعلام رقابة محددة فى الأمور التى تتصل بالسلامة العامة أو أغراض الأمن القومى، وذلك كله وفقا للقانون.

٢١ـ نطاق الانفراد التشريعى فى مسائل الحقوق والحريات وفقا للدستور المصرى

من المقرر وفقا للمبادئ العامة للدستور، أن النصوص المتعلقة بتنظيم الحقوق والحريات هى خطاب من الدستور موجه إلى المشرع لا إلى السلطة التنفيذية. ولهذا عنى الدستور فى كثير من المواد أن يوجه خطابه إلى القانون بمعنى التشريع لكى يحدد إطار ممارسة الحق أو الحرية التى يقررها الدستور؛ كما هو واضح فى المواد ٤١ و٤٤ و٤٥ و٤٨ و٥٠ و٥٤ و٥٥ و٥٨ و٦٢ و٦٦ و٦٩ و٧٠ و٧١ من الدستور.

والمشرع إذ يستأثر وحده منفردا بتحديد نطاق ممارسة الحقوق والحريات التى يحميها الدستور، فإن هذا الاستئثار أو الانفراد لا يغل يد السلطة التنفيذية فى تنفيذ القوانين. فالسلطة التشريعية تضع القواعد القانونية المنظمة للمسائل التى عهد بها

إليها الدستور . أما السلطة التنفيذية فإنها تنفذ ما حدده التشريع . وقد عبرت عن ذلك المادة ١٤٤ من الدستور فيما نصت عليه من أنه يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ، وله أن يفوض غيره فى إصدارها . ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه . كما نصت المادة ١٤٥ من الدستور على أن يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط .

وفى ضوء ما تقدم يوجد نوعان من اللوائح التنفيذية من حيث صفة مصدرها ؛ نوع يعتمد مباشرة على الدستور الذى نص على سلطة رئيس الجمهورية فى إصدار اللوائح التنفيذية ، وأن له أن يفوض غيره فى إصدارها (المادة ١٤٤/ ١)، ونوع آخر يعتمد على نص القانون (أى التشريع) فى تحديد السلطة المختصة بإصدار القرارات اللازمة لتنفيذه (المادة ١٤٤/ ٢)، ومع ذلك فإن هذا النوع الآخر يعتمد كذلك على سند من الدستور فى تخويل هذا الحق للتشريع .

وكل هذه اللوائح ليست إلا تنفيذا لما ينص عليه التشريع ، فلا تزاحمه فى اختصاصه الذى ينفرد به طبقا للدستور . ومن ثم فلا يجوز أن تتخطى الحدود التى رسمها التشريع أو أن ينفرد بتنظيم ممارسة حق أو حرية لأنها منطقة يستأثر بها المشرع وحده . وقد قضت المحكمة الدستورية العليا أنه لا يجوز للسلطة التشريعية إحالة تنظيم حق من الحقوق برمته إلى السلطة التنفيذية دون أن تقيدها فى ذلك بضوابط عامة وأسس رئيسية تلتزم بالعمل في إطارها[1] . وتطبيقا لهذا المبدأ قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تمد نطاق سريان أحكام الباب الثانى من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء على غير النطاق المكانى المحدد فى هذا الباب ، وإلا كان عملها متحلا سلطة التشريع وصادرا من غير السلطة المختصة دستوريا بإصداره ، واقعا فى حمأة مخالفة المادتين ٨٦ و١٤٤ من الدستور ؛ مما يجعله عدما متعينا بالتالى الحكم بعدم دستوريته[2] .

ونبه إلى أن تنظيم الحقوق يتسع إلى كل ما يتعلق بإجراءات مباشرة هذه الحقوق

(١) دستورية عليا فى ٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٠ القضية رقم ٢٤٣ لسنة ٢١ قضائية «دستورية» .

(٢) دستورية عليا فى ١٣ أغسطس سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية ـ العدد ٣٣ فى ١٣ أغسطس سنة ١٩٩٨ .

أو إثباتها، فإن درء مثل ذلك فى قرارات لائحية يقتصر أثره على مجرد الإرشاد والتوجيه، ولا يترتب على مخالفته البطلان. مثل ذلك مخالفة الشروط التى يحددها وزير الداخلية بقرار أو تعليمات منه لإثبات توافر الشروط التى يتطلبها القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب للترشيح لعضوية هذا المجلس أو لسير العملية الانتخابية، فلا يجوز أن يترتب قانونا على مخالفة الإجراءات التى حددها هذا القرار استخلاص عدم توافر شروط الترشيح لعضوية مجلس الشعب أو بطلان الانتخاب؛ لأن تنظيم مباشرة هذه الحقوق ـ وهو ما يتضمن إثبات توافر شروط ممارستها ـ لا يجوز إلا بقانون.

وقرر المجلس الدستورى فى فرنسا عدم دستورية النص الوارد فى تشريع يحيل إلى السلطة التنفيذية لتحديد الحدود القصوى لشبكة الكابلات المخصصة لخدمة الإذاعة والتليفزيون المرخص باستثمارها لأحد الأفراد، وذلك لتعلق الأمر بأحد الضمانات المقررة لممارسة حرية نقل الأفكار والآراء، مما يدخل فى اختصاص التشريع وحده[١].

وقضى المجلس المذكور بعدم دستورية التشريع الذى يحيل إلى مرسوم (لائحى) لتحديد تاريخ العمل بهذا التشريع فيما نص عليه من إلغاء أحد مواد قانون الضرائب[٢]، باعتبار أنه لا يجوز للتشريع أن يعهد إلى السلطة التنفيذية بتحديد القواعد المتعلقة بتطبيق نصوصه.

على أن الدستور أجاز للسلطة التنفيذية أن تمارس عملا من أعمال التشريع فى حالتين (الأولى): التفويض، و (الثانية): الضرورة.

٢٢ـ أحوال قيام السلطة التنفيذية بأعمال لها قوة القانون «التشريع»

* أجاز الدستور للسلطة التنفيذية القيام بأعمال لها قوة القانون «التشريع» بصفة استثنائية فى الحالات الآتية:

(أولا): تفويض مجلس الشعب، فقد نظمته المادة ١٠٨ من الدستور التى نصت

---

(١) 173 Dc. du 26 Juillet 1984, Rec. de jurisprudence constitutionnelle, 1 - 187.

(٢) 86-223 Dc, du 29 Décembre 1986, Rec, de jurisprudence constitutionnelle, 1 - 301.

على أن لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفى الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها، زال ما كان لها من قوة القانون. ويلاحظ هنا أن التفويض وإن كان هو السند الدستورى لقيام السلطة التنفيذية بتنظيم مسألة مما تدخل فى اختصاص السلطة التشريعية، إلا أن ممارسة التفويض ذاته تتوقف على حالة الضرورة المصاحبة لضمانات فعالة تتمثل فى المدة المحدودة لممارسة التفويض وبيان التفويض لموضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها. كل ذلك لتحقيق أهداف معينة من خلال السرعة والمرونة فى اتخاذ القرار بقانون المناسب بناء على التفويض.

(ثانيا): الضرورة، وقد نظمتها المواد ١٤٧ و١٤٨ و٧٤ من الدستور، والتى تحددها من حالات التفويض التشريعى بنص الدستور، وإعلان حالة الطوارئ، والأزمة الوطنية.

وترتكز حالة الضرورة على اعتبارين مهمين:

أولهما: أن نصوص الدستور لا يمكن ضمان تطبيقها إلا بالشروط اللازمة لمواجهة الأزمات التى يمكن أن تواجه البلاد ضمانا للمحافظة على كيان الدولة واستمرارها.

وثانيهما: أن فاعلية الدستور لضمان الحقوق والحريات تتطلب أن يحمل الدستور فى ثناياه القواعد التى تمكنه من حمايته تلقائيا حتى يمكنه الاستمرار فى أداء دوره بوصفه حاميا للحقوق والحريات. فبدون ضمانات الفاعلية فى مواجهة الأزمات، تكون الحقوق والحريات فى مهب الريح. وقد حاول البعض أن يضع القواعد التى تنظم حالة الضرورة فى مرتبة أعلى من الدستور، فقيل عنها بأنها أسمى من الدستورية "supraconstitutionnalité". فقد ذهب العميد فافورى "Favoreu" إلى أن القضاء الدستورى ينتج مجموعة من المبادئ المشتركة فى النظام الدستورى فى مختلف البلاد الأوربية يمكن تسميتها بالقواعد العابرة للأوطان التى

تسمو على الدستور[1] . وذهب الأستاذ تروبير "Troper" إلى أنه إذا اعتبرت المحاكم أن الأعمال التى تقع مخالفة للدستور تبررها الضرورة، فإن مبدأ الضرورة يعتبر مبدأ يسمو على الدستور، بل هو المبدأ الوحيد المعتبر كذلك[2] .

وقد مارست المحكمة الدستورية العليا رقابتها على ما يمارسه رئيس الجمهورية طبقا لحالة الضرورة المنصوص عليها فى المادة ١٤٧/ ٤ من الدستور للتحقق من قيامها فى الحدود التى رسمها الدستور لها ولضمان ألا تتحول لهذه الرخصة التشريعية - وهى من طبيعة استثنائية - إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها أو انحرافها[3] . وفى هذا الصدد، قضت المحكمة الدستورية العليا . إلا أن البواعث والأهداف التى تدعو سلطة التشريع الأصلية إلى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريع القائم من قصور تحقيقا لإصلاح مرتجى، إلا أنه لا يصلح سندا لقيام حالة الضرورة المبررة لإصدار القرار بقانون طبقا للمادة ١٤٧ من الدستور إذ لم يطرأ خلال غيبة مجلس الشعب ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الضرورة التى تبيح ممارسة سلطة التشريع الاستثنائية طبقا للمادة ١٤٧ من الدستور[4] . وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن رقابتها على حالة الضرورة تمتد كذلك عند ممارستها طبقا للمادة ١٧٤ من الدستور[5] .

وقد أشارت المحكمة الدستورية العليا إلى أنه عند إصدار القرارات بقانون فى غيبة مجلس الشعب طبقا للمادة ١٤٧ من الدستور سالفة الذكر، تختلف مواعيد وإجراءات عرض هذه القرارات على مجلس الشعب باختلاف ما إذا كان المجلس

---

(١) Favoreu, Supra - constitutionnalité et jurisprudence de la juridiction constitutionnelle en droit privé et en droit public français; Revue internationale de droit comparé, 1992, pp. 461, 464.

(٢) Torper, La notion de principe supra - constitutionnelle, Revue Internationale de droit comparé, 1992, p. 337.

(٣) دستورية عليا ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٣١ ص ٢٨٥، ٣ يوليو سنة ١٩٩٥، المجموعة السابقة حـ٧ قاعدة رقم ٢ ص ٤٥ .

(٤) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٥ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١ بإضافة بند جديد إلى المادة ٣٤ من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠

(٥) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٩ المشار إليه فى الهامش السابق.

منحلا أو موقوفا أو قائما. فإذا كان المجلس منحلا أو موقوفا وجب عرض القرارات المشار إليها عليه فى أول اجتماع له، فور انعقاده، أما فى غير هاتين الحالتين - الوقف والحل - فيتعين أن يدعى المجلس للانعقاد لعرض تلك القرارات عليه خلال فترة زمنية محددة هى خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها. وعلة ذلك تمكين المجلس - باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل فى ممارسة الوظيفة التشريعية - من مراجعة التشريعات التى تصدرها السلطة التنفيذية - فى غيبته عند الضرورة - فى أسرع وقت ممكن للنظر فى شأنها، وإلا زال ما لهذه التشريعات - وفقا لما نص عليه الدستور - من قوة القانون بأثر رجعى دون حاجة لاتخاذ أى إجراء فى هذا الشأن[1]. وتطبيقا لهذا المبدأ دعى مجلس الشعب للانعقاد يوم ١٦ يوليو سنة ٢٠٠٠ لكى يعرض عليه القرار بقانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠٠ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، والقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب، والقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ فى شأن مجلس الشورى.

والواقع أنه فى مجتمع ديمقراطى تحكمه سيادة القانون، لا يمكن التسليم بوجود قواعد تسمو على الدستور[2]، وخاصة فى ظل رقابة دستورية تعطى للدستور معان تقدمية فى ضوء التطور. والنصوص التى تضمنها الدستور المصرى لمواجهة حالة الضرورة تكشف عن نضج هذا الدستور الذى وضع فى ثناياه وسائل حمايته ضمانا للاستقرار وكفالة للحقوق والحريات. وتتمثل هذه الوسائل فيما يأتى:

(١) **التفويض الدستورى**: نصت المادة ١٤٧ من الدستور على أنه إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون. ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما، وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون،

---

(١) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٩ السالف الإشارة إليه.

(٢) انظر: S. Papasavuas, la justice constitutionnelle à chypre, Economica, 1998, p. 149.

إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا أن السلطة التشريعية الدستورية إذ تفوض رئيس الجمهورية فى مباشرة اختصاصها بتنظيم موضوع معين تنظيما تشريعيا، وإن جاز فى الحدود وطبقا للشروط التى بينتها المادة ١٠٨ من الدستور؛ إلا أن هذا التفويض لا يجوز أن ينقل ولايتها التشريعية بأكملها، أو فى جوانبها الأكثر أهمية، إلى السلطة التنفيذية، وإلا كان التفويض مخالفا للدستور. كذلك، فإن رئيس الجمهورية إذ ينظم المسائل التى فوض فيها على ضوء القواعد التى تحكمها وفقا لقانون التفويض، فذلك بصفة استثنائية، باعتبار أن هذا الاختصاص ينصب على تقرير قواعد قانونية تسنها السلطة التشريعية أصلا وفقا للدستور، وهو ما يعنى أن يتقيد رئيس الجمهورية - فيما فوض فيه - بالحدود الضيقة التى تفرضها الطبيعة الاستثنائية لاختصاص يتولاه عرضا، وعند الضرورة فى أعلى درجاتها، ولمدة محددة، وإلا كان مخالفا للدستور، وقضت بأنه إذا كان النص المطعون فيه لا يقيد رئيس الجمهورية - فيما فوض فيه - بزمن معين يكوّن ميعادا موقوتا محددا سلفا من قبل السلطة التشريعية؛ فإن مباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بتعديل الجدول المرافق لقانون الضريبة المطعون عليها، لا يكون منحصرا بين تاريخين، بل متراميا متحررا من قيد الزمن، وباطلا[1].

(٢) حـالـة الطوارئ: نصت المادة ١٤٨ من الدستور على أن يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين فى القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية ليقرر ما يراه بشأنه. وإذا كان مجلس الشعب منحلا يعرض الأمر على المجلس الجديد فى أول اجتماع له. وفى جميع الأحوال يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة، ولا يجوز مدّها إلا بموافقة مجلس الشعب.

---

(١) دستورية عليا فى ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٢٣ ص ٤٢٤، ٦ إبريل سنة ١٩٩٦ القضية رقم ١٧ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ٣٢ ص ٥٤٥.

وقالت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بأن حالة الطوارئ - بالنظر إلى طبيعة المخاطر المرتبطة بها - لا تلائمها أحيانا تلك التدابير التى تتخذها الدولة فى الأوضاع المعتادة باعتبار أن طبيعتها ومداها تفرض من التدابير الاستثنائية ما يناسبها، ويعتبر لازما لمواجهة تبعاتها، ولا تنص تلك التدابير الاستثنائية بالضرورة على ما يكون ضروريا منها لمواجهة الجرائم التى تهدد أمن الدولة الداخلى أو الخارجى، بل تتناول فى عديد من صورها وتطبيقاتها جرائم أخرى تخرج عن هذا النطاق وتتجاوزه[1].

هذا وقد نصت المادة الرابعة من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية الصادر عام ١٩٦٦ على أنه فى حالة الطوارئ الاستثنائية التى تهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسميا، يجوز للدول الأطراف فى هذا العهد أن تتخذ فى أضيق الحدود التى يتطلبها الوضع تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولى وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعى. . إلخ.

(٣) الأزمة الوطنية: نصت المادة ٧٤ من الدستور، على أن لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بيانا إلى الشعب، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها.

* ويستند اختصاص السلطة التنفيذية بالقيام بأعمال لها قوة «التشريع» إلى حالة الضرورة. وقد عبر عن ذلك المجلس الدستورى الفرنسى فى قوله بأن واجب الدولة هو كفالة احترام مؤسسات الدولة واستمرار حياة الأمة وضمان حقوق وحريات المواطنين، وأن هذه المهام الدستورية الأساسية تقع بوجه خاص على السلطة التشريعية وعلى رئيس الجمهورية وعلى الحكومة - كل فى حدود اختصاصه - وعليهم ممارستها مهما كانت الظروف ورغم عدم ملاءمة القواعد الدستورية

---

(١) دستورية عليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣، طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية (تفسير)، الجريدة الرسمية، العدد ٤ مكررا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣.

العادية مع العمل المطلوب لأداء هذه المهام[1]. وذهب المجلس الدستورى الفرنسى فى هذا الشأن إلى أنه إذا كان المساس بالحرية الشخصية يعد غير دستورى فى الظروف العادية فإنه يكون صحيحا إذا تم تطبيقه وفقا للنظام القانونى للسلطات الاستثنائية[2].

وعندنا أن حالة الضرورة تؤدى إلى أمرين: (الأول) هو الخروج عن مبدأ انفراد التشريع فى معالجة مسائل الحقوق والحريات التى ينفرد بتنظيمها وغيرها من المسائل التى يعهد بها إليه الدستور وحده. (الثانى) التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة وفقا لمعايير جديدة تتفق مع الظروف الاستثنائية التى قامت عليها حالة الضرورة.

وتراقب المحكمة الدستورية العليا المشروعية الدستورية لقرارات السلطة التنفيذية فى حالتى التفويض والضرورة للتحقق من استيفائها للأوضاع المنصوص عليها فى الدستور وعدم تجاوزها للمقاصد التى استهدفها الدستور.

٢٣ـ الالتزام بالشرعية الجنائية فى الجرائم الدولية

يسرى مبدأ انفراد التشريع فى المسائل الجنائية على كل من الجرائم الوطنية والجرائم الدولية. ويدق الأمر بالنسبة إلى هذا النوع الأخير من الجرائم إذا ما تضمنته اتفاقيات دولية.

من المؤكد أن التجريم والعقاب يعد من المسائل التى تدخل فى السيادة التشريعية للدولة، ومن ثم يجب أن يكون القانون الوطنى هو مصدرها. فإذا انضمت دولة إلى اتفاقية دولية تجرّم أفعالا معينة، فإن التصديق على هذه الاتفاقية ـ وإن أعطاها قوة القانون الداخلى، وفقا للدستور المصرى ـ لا يكفى وحده لاعتبار الاتفاقية مصدرا للتجريم والعقاب، ما لم تحدد الاتفاقية أركان الجريمة وتحدد العقوبة تحديدا كافيا لتطبيقها بواسطة القضاء الوطنى.

---

(١) Dc du 22 Mai 1985, 85 -188, Rec p 15.

وانظر فى الموضوع مؤلفنا عن الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥ ص ٣٩٩ـ٤٥٣.

(٢) Déc. du 12 Janvier 1977, 76-75, Rec. p. 33.

وقد لوحظ أن بعض الاتفاقيات الدولية تتضمن عبارات غامضة أو مرسلة بشأن العقوبات، مثل عبارة «العقوبات الملائمة التى تضع فى اعتبارها الطبيعة الجسيمة للجرائم»[1] وعبارة «مثل الحبس، أو غيرها من العقوبات المقيدة للحرية، والحكم بالغرامة والمصادرة»[2].

وعندما تصدق الدولة على الاتفاقيات الدولية التى تلزمها بتجريم سلوك معين والعقاب عليه ـ فإن السلطة التشريعية الوطنية تراعى عند ممارسة سلطتها فى التشريع حماية المصلاح الوطنية ذات الطابع الدولى، والتى نشأت بتصديقها على هذا النوع من الاتفاقيات، ويتم ذلك بالتوفيق بين كل من مبدأ الشرعية الجنائية والالتزام الدولى بالتجريم والعقاب.

وإذا نظرنا إلى الالتزام الدولى بالتجريم والعقاب نجد أنه يتمثل فى التزام بنتيجة يجب على الدولة أن تحققها. مثال ذلك اتفاقيات جنيف الأربع الصادرة فى ١٢ أغسطس سنة ١٩٤٩ التى نصت على أن الأطراف المتعاقدة تلتزم باتخاذ كل تدبير تشريعى ضرورى لوضع الجزاءات الجنائية الملائمة الواجب تطبيقها على الأشخاص الذين ارتكبوا إحدى الجرائم الجسيمة التى نصت عليها هذه الاتفاقيات، أو أعطوا أمرا بارتكابها. وكذلك الشأن فيما نصت عليه اتفاقية إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الموقعة فى روما فى ١٨ يولية سنة ١٩٩٨، فى ديباجتها من أن أخطر الجرائم التى تثير قلق المجتمع الدولى بأسره يجب ألا تمر دون عقاب، وأنه يجب ضمان مقاضاة مرتكبيها على نحو فعال من خلال تدابير تتخذ على الصعيد الوطنى، وكذلك من خلال تعزيز التعاون الدولى. كما أوردت ديباجة هذه الاتفاقية أن المحكمة الجنائية الدولية ستكون مكملة للاختصاصات القضائية الجنائية الوطنية، ونصت المادة الأولى من النظام الأساسى لهذه المحكمة على أن تكون مكملة للاختصاصات القضائية الجنائية الوطنية، ويخضع اختصاص المحكمة وأسلوب عملها لأحكام هذا النظام الأساسى.

ونلاحظ أن التصديق على اتفاقية إنشاء هذه المحكمة لا يعنى إدماج الجرائم

---

(١) اتفاقية تجريم الأعمال غير المشروعة ضد أمن الملاحة البحرية الصادرة فى ١٠ مارس ١٩٨٨.

(٢) اتفاقية الأمم المتحدة ضد التجارة غير المشروعة فى المخدرات الصادرة فى فيينا فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٨٨.

والعقوبات التى نصت عليها فى التشريع الوطنى لكى تطبقها المحاكم الوطنية ؛ لأن النص على هذه الجرائم والعقوبات جاء لتحديد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية وحدها دون غيرها ، وهو ما يعنى أن المخاطب بتطبيق هذه الجرائم والعقوبات هو هذه المحكمة وحدها دون المحاكم الوطنية التى يتعين على التشريع الداخلى النص على هذه الجرائم وما يقابلها من عقوبات حتى تطبقها المحاكم الوطنية وفقا لمبدأ أولوية القضاء الوطنى الذى اعتنقه النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية(١) .

وتلتزم الدولة من خلال سلطتها التشريعية بتنفيذ التزامها الدولى المعقود بمقتضى الاتفاقية الدولية بما يتفق مع مبدأ الشرعية الجنائية ، الأمر الذى يتعين معه على التشريع الوطنى أن يورد نصوصا واضحة عن تعريف الجريمة وأركانها وعقبوباتها . وعلى هذا النحو ، تظل الاتفاقية الدولية التى لا تتكفل نصوصها بتحديد الجرائم والعقوبات مصدرا غير مباشر للتجريم والعقاب ، وإنما يكون التشريع الوطنى وحده هو المصدر إذا أدمج الجرائم المنصوص عليها فى الاتفاقية داخل التشريع وأفرد لها العقوبات المناسبة لها . وهو ما يسمى بالتكيف بالاندماج . ومع ذلك ، فلا يوجد ما يحول دون إحالة التشريع الوطنى لنصوص فى الاتفاقية الدولية التى صدقت عليها الدولة ، مثال ذلك فى فرنسا القانون الصادر فى ٥ يولية سنة ١٩٨٣ الذى يعاقب على تلويث البحار ، فقد أحال إلى المادة الثالثة من اتفاقية لندن الصادرة فى ١٢ مايو سنة ١٩٥٤(٢) . وهو ما يسمى بالتكيف بالإحالة .

---

(١) انظر محاضرتنا فى افتتاح المؤتمر العاشر للجمعية المصرية للقانون الجنائى حول المحكمة الجنائية الدولية والتشريعات الوطنية (القاهرة فى ٢٣ ديسمبر سنة ٢٠٠١) .

(٢) بل دهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه عند غياب نص فى التشريع (قانون الصحة العامة) يمكن الرجوع إلى نصوص الاتفاقية الخاصة بالاتجار فى المخدرات (Crim 9 Mars 1992, Bull. crim. n°/03) وهذا الحكم منتقد لأن القاضى لا يجوز له الرجوع إلى الاتفاقية فيما يتعلق بالتجريم والعقاب إلا إذا نص التشريع الوطنى صراحة على الرجوع إلى الاتفاقية فى إحدى المسائل التى تمس التجريم والعقاب .

انظر فى الموضوع . Droit International pénal, sous la direction de Hervé Ascensio Emmanuel Decaux et Alain Pellet, Paris 2000, p. 882.

المبحث الثـــانى

نطاق انفراد التشريع فى تحديد الجرائم والعقوبات

٢٤ـ دور التشريع فى تحديد الجرائم والعقوبات

نصت المادة ٦٦/ ٢ من الدستور المصرى على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون. ويقصد بالقانون فى هذا الشأن التشريع، والذى يتولى سلطته مجلس الشعب طبقا للدستور (المادة ٨٦). فالأصل أن التشريع ـ بصفته تعبيرا عن إرادة الشعب ـ هو الذى يمكن أن يكون مصدرا للتجريم والعقاب. وطبقا للدستور، يتولى مجلس الشعب بوصفه السلطة التشريعية للبلاد وضع جميع النصوص المبينة للتجريم والعقاب. فلا يجوز إنشاء جريمة أو تقرير عقوبة إلا بتشريع تقره هذه السلطة. ويمتنع على القاضى بناء على ذلك إدانة متهم عن جريمة أو أن يوقع عليه عقوبة ما لم يكن قد صدر بالجريمة والعقوبة تشريع معين. هذا بخلاف القاضى المدنى، فإنه إذا لم يجد نصا فى القانون يلجأ إلى مصادر أخرى هى العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة (المادة الأولى من القانون المدنى).

وإذا تعارض نص فى قانون العقوبات مع أحد نصوص المعاهدات المنصوص عليها فى المادة ١٥١ من الدستور، فإنه يسرى على هذا النص القواعد التى تحكم تطبيق قانون العقوبات من حيث الزمان بما فى ذلك عدم رجعية قانون العقوبات ورجعية قانون الأصلح للمتهم، وذلك باعتبار أن المعاهدات تأخذ قوة القانون. وخلافا لذلك نصت بعض الدساتير، ومنها الدستور الفرنسى، على سموها على التشريع (المادة ٥٥)[1].

(١) وكذلك الشأن بالنسبة إلى الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان حيث لا يجوز التعارض معها.
انظر Marc Verdmen, conours et enjeux du droit constitutionnel pénal, Bruxelles, 1985, pp. 61-70.

ومع ذلك، فقد خول الدستور السلطة التنفيذية سلطة إصدار اللوائح فى شأن التجريم والعقاب، فأجاز أن تكون الجريمة أو العقوبة بناء على قانون، مما يعطى السلطة للمشرع أن يسند للسلطة التنفيذية بواسطة اللائحة تحديد بعض جوانب التجريم والعقاب. فما الطبيعة القانونية لهذه اللائحة؟ وما حدودها فى التجريم والعقاب؟

٢٥ـ طبيعة وحدود ودور اللائحة فى تحديد الجرائم والعقوبات

تستند ممارسة السلطة التنفيذية لاختصاصها فى تحديد الجرائم والعقاب إلى نص الدستور. فقد نص الدستور على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا «بناء على قانون». وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المقصود بعبارة «بناء على قانون» والتى وردت فى المادة ٦٦ من الدستور (وسبق ورودها فى المادة ٦ من دستور ١٩٢٣) هو توكيد ما جرى عليه العمل فى التشريع من أن يتضمن القانون ذاته «تفويضا» إلى السلطة التنفيذية المكلفة بسن اللوائح فى تحديد الجرائم وتقرير العقوبات، مما مؤداه أن المادة (٦٦) من الدستور تجيز أن يعهد القانون إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تحدد بها بعض جوانب التجريم والعقاب، وذلك لاعتبارات تقدرها سلطة التشريع وفى الحدود وبالشروط التى يعنيها القانون الصادر منها[١].

ولا يعنى ذلك أن السلطة التنفيذية من خلال ما تملكه من إصدار لوائح تنفيذية، تستطيع بصفة مطلقة أن تحدد جرائم وعقوبات فى هذه اللوائح، لأن اللائحة التنفيذية كما بينا من قبل مقيدة بتنفيذ ما حدده التشريع وذلك بمعالجة المسائل التفصيلية ذات الطابع الفنى لتنفيذ إرادة المشرع. كما لا يعد اختصاص السلطة التنفيذية فى هذا الشأن مبنيا على التفويض المقرر فى المادة ١٠٨ من الدستور لأن هذه المادة حددت فى عبارات واضحة قاطعة مدلول التفويض وشروطه، وبمقتضى

(١) دستورية عليا فى ٦ إبريل سنة ١٩٩١ فى القضية رقم ١٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٧ إبريل سنة ١٩٩١ العدد (٧) ٧ مارس سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٤٣ لسنة ٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢ إبريل سنة ١٩٩٢ العدد (١٤)؛ ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»،

هذا التفويض تنوب السلطة التنفيذية عن السلطة التشريعية فى حدود ما فوضتها به . وليس ذلك هو المراد بعبارة «بناء على قانون» ، فما ينبنى على القانون ليس تمثيلا لإرادة واضع القانون ، وإنما هو على العكس مباشرة لرخصة خولها القانون للسلطة اللائحية . ولهذا أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر ، على أن اختصاص السلطة التنفيذية بتحديد بعض جوانب التجريم والعقاب لا يعد من قبيل اللوائح التفويضية المنصوص عليها فى المادة ١٠٨ من الدستور ، ولا يعد أيضا محض تنفيذ للقانون فى إطار اختصاص السلطة التنفيذية فى إصدار اللوائح التنفيذية طبقا للمادة ١٤٤ من الدستور(١) .

وقد عنيت المحكمة الدستورية العليا بتحديد السند الدستورى للترخيص للسلطة التنفيذية بناء على قانون فى وضع نصوص تتعلق بالتجريم والعقاب ، بأنه نص المادة ٦٦/ ٢ من الدستور سالفة الذكر ، واعتبرته المحكمة تفويضا مقررا بنص الدستور للمشرع فى أن يعهد إلى السلطة التنفيذية ـ ممثلة فى أحد فروعها ـ بأن تحدد بنفسها بعض ملامح التجريم وعقوباتها ، شأنه فى ذلك شأن المادة ١١٩/ ٢ من الدستور التى نصت على أنه لا يعفى أحد من أداء الضرائب العامة إلا فى الأحوال المبينة فى القانون . فهذا النص الدستورى الأخير يخول السلطة التشريعية فى أن تفوض رئيس الجمهورية أو أية سلطة إدارية أخرى ، ودون أن تتقيد فى ممارستها لهذا التفويض بغير الشروط والأوضاع التى اتصل التفويض بها وفقا للقانون المحدد لها ، دون تقيد بالضوابط التى حددتها المادة ١٠٨ من الدستور لجواز تفويض رئيس الجمهورية ـ دون غيره ـ فى مباشرة بعض مظاهر الولاية التشريعية بصفة استثنائية ، وعند الضرورة(٢) . إلا أنه ليس للسلطة التشريعية أن تتخلى كلية عن ولايتها هذه ، بأن تعهد بها بأكملها إلى السلطة التنفيذية ، وإن كان يكفيها وفقا لنص المادة ٦٦ من

---

(١) دستورية عليا فى ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية فى القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية ، الجريدة الرسمية فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨ العدد (٨) ، ٦ إبريل سنة ١٩٩١ فى القضية رقم ١٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية فى ٢٧ إبريل سنة ١٩٩١ العدد (١٧) ؛ ٧ مارس سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٤٣ لسنة ٧ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية فى ٢ إبريل سنة ١٩٩٢ العدد (١٤) .

(٢) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨ العدد (٨) .

الدستور أن تحدد إطارا عاما لشروط التجريم وما يقارنها من جزاء، فلا يعد تدخلها عندئذ في المجال العقابي إلا وفقا للشروط والأوضاع التي نظمها القانون، بما مؤداه أن النصوص القانونية وحدها ـ بعموميتها وانتفاء شخصيتها ـ هي التي يدور التجريم معها، ولا يتصور أن ينشأ بعيدا عنها، ولا يعني ذلك أن للسلطة التنفيذية مجالا محجوراً تنفرد فيه بتنظيم أوضاع التجريم، فمازال دورها تابعا للسلطة التشريعية ومحددا على ضوء قوانينها، فلا تتولاه بمبادرة منها ولا سند لها من قانون قائم(١). وهو ما يتطلب أن تكون إحالة التشريع للسلطة التنفيذية واضحة، وأن يتضمن التشريع التكليف الجنائي وحدود العقاب المقرر على المخالفة(٢).

وتطبيقا لذلك، قضى بدستورية المادة ٣٢ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ التي رخصت للوزير المختص (وزير الصحة) تعديل الجداول الملحقة بهذا القانون بالحذف وبالإضافة أو بتغيير النسب الواردة فيها، وذلك تأسيسا على المادة ٦٦ من الدستور، تقديرا من المشرع لما يتطلبه كشف وتحديد الجواهر المخدرة من خبرة فنية ومرونة في اتخاذ القرار يمكن معها مواجهة التغييرات المتلاحقة في مسمياتها وعناصرها تحقيقا لصالح المجتمع(٣). وقضى بدستورية قرار وزير التموين رقم ٢٣٨ لسنة ١٩٨٦ لصدوره في حدود التفويض المنصوص عليه في المادة ٦٦ من الدستور، وبالتالي لا يعد تجريمه تداول بعض السلع أو التعامل فيها أو حيازتها بقصد الاتجار عملا مخالفا للدستور(٤). وقضى بعدم دستورية البند (ب) من المادة

---

(١) دستورية عليا في ٥ يولية سنة ١٩٩٧ في القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ العدد (٢٩)، وفي ذات المعنى نقض جنائي في ٢٩ يناير سنة ١٩٦٨ الطعن رقم ٢٠٠٤ لسنة ٣٧ قضائية.

(٢) انظر في هذا المعنى حكم المحكمة الدستورية الأسبانية رقم ١٢٠ لسنة ١٩٩٨ في ١٥ يونية سنة ١٩٩٨.

(Annuaire International de justice constit., 1998, pp. 709-712).

(٣) دستورية عليا في ٩ مايو سنة ١٩٨١ في القضية رقم ١٥ لسنة ١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية في ٢٨ مايو سنة ١٩٨١ العدد (٢)، والقضية ٢١ لسنة ١ قضائية «دستورية»، والقضية رقم ٢٧ لسنة ٢٢ قضائية «دستورية»، والقضية رقم ٣٠ لسنة ١ قضائية «دستورية» بنفس العدد المشار إليه في الجريدة الرسمية. أيضا نقض جنائي في ٣١ مايو سنة ١٩٨١ الطعن رقم ١٨٦ لسنة ٥٠ قضائية، ونقض جنائي ٢٥ مارس سنة ١٩٧٠ في الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٤٠ قضائية.

(٤) دستورية عليا في ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ١٢ لسنة ١٣ قضائية، الجريدة الرسمية في ٣ ديسمبر سنة ١٩٩٢ العدد (٤٩).

(١٠) من قرار محافظ السويس رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٥ لأنه انطوى على اغتصاب لسلطة عهد بها المشرع لوزير التموين فى الحدود التى بينتها المادة ٦٦ من الدستور[1].

وفى فرنسا نصت المادة ٣٤ من الدستور الفرنسى على أن التشريع يحدد القواعد المتعلقة بالجنايات والجنح والعقوبات المطبقة عليها. ونصت المادة ٣٧ من هذا الدستور على أن كل ما لا يدخل فى المجال التشريعى يدخل فى اختصاص السلطة اللائحية. وفى ضوء هذين النصين نص قانون العقوبات الفرنسى (المادة ١١١/ ٢) على أن اللائحة تحدد المخالفات وتضع فى حدود القانون وما يقرره من تقسيمات للمخالفات، العقوبات المطبقة على المخالفين. وقد لاحظ البعض أن ممارسة السلطة التنفيذية اختصاص وضع العقوبات يصطدم بالمادة ٨ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ التى تسند إلى التشريع وحده سلطة وضع العقوبات. وقد بحث مجلس الدولة الفرنسى مدى حق الحكومة فى إصدار لوائح تحدد المخالفات وعقوباتها، وأقر بوضوح سلطة الحكومة فى هذا الشأن استنادا إلى التفسير بمفهوم المخالفة للمادة ٣٤ من الدستور الفرنسى والذى قصر سلطة التجريم والعقاب على المشرع وحده فيما يتعلق بالجنايات والجنح فقط، وأن النصوص الخاصة الواردة فى هذه المادة تتفوق على الصيغة العامة للمادة (٨) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩. وإذ عرض الأمر على المجلس الدستورى فى فرنسا، قرر بأن تحديد المخالفات وعقوباتها تدخل فى المجال اللائحى طالما أن هذه العقوبات لا تتضمن تدابير مقيدة للحرية[2]، إلا أن محكمة النقض الفرنسية أجازت للوائح أن تحدد العقوبات المقررة للمخالفات ولو تضمنت عقوبة الحبس[3].

وجاء قانون العقوبات الفرنسى الجديد الصادر عام ١٩٩٢ والمعمول به اعتبارا من أول مارس عام ١٩٩٤ فألغى عقوبة الحبس فى المخالفات، مؤكدا المبدأ الذى سبق أن أرساه المجلس الدستورى الفرنسى. وواقع الأمر، فإن المجلس الدستورى الفرنسى لم يقتصر على تقييد السلطة اللائحسة فى المسائل الجنائية، بل رأى أنه من

---

(١) دستورية عليا فى ٦ إبريل سنة ١٩٩١ فى القضايا رقم ١٦ و ١٧ و ٢١ لسنة ٢١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٧ إبريل سنة ١٩٩١ العدد (١٧)، ٧ مارس سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٤٣ لسنة ٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢ إبريل سنة ١٩٩٢ (العدد ١٤).

(٢) Déc. n° 73-80 du 28 Novembre 1973 (Rec. p. 45).

(٣) 28 Novembre 1973, D. 1974, p. 269.

غير المفيد إبطال نص تشريعى نص على عقوبة الغرامة فى مواد المخالفات، فقد راعى المجلس أن الدستور لم يقصد إلى تقرير عدم دستورية نص له طبيعة لائحية ورد فى التشريع[1].

٢٦- أنواع اللوائح

يشترط فى اللائحة التى تملك التجريم والعقاب أن تكون صادرة بناء على تفويض التشريع للسلطة التنفيذية فى هذا الاختصاص. وهذا النوع هو الذى تعنيه المادة ٦٦ من الدستور. ولما كان المشرع ينفرد بحسب الأصل بالتجريم والعقاب، فإن هذا التفويض الذى يعتمد على سند من الدستور لا يخل بهذا الانفراد، وإنما يعطى للسلطة التنفيذية قسطا تباشره فى بعض جوانب التجريم والعقاب. فإن كان الأمر متعلقا بالتجريم انفرد التشريع بتحديد الأهداف التى تتوخى اللائحة تحقيقها، أو بتحديد المصالح التى يجب أن تحميها من وراء التجريم. وإن كان الأمر متعلقا بالعقاب انفرد التشريع بتحديد الحدين الأدنى والأقصى من العقوبات الذى يمكن للائحة أن تتحرك بداخلهما، وليس له أن يترك العنان للائحة فى تحديد ما تختاره من عقوبات من حيث النوع أو الكم، وإنما يجب أن يتم ذلك فى الحدود التى يضعها المشرع فى هذا الشأن. ومن ناحية أخرى، فإنه لا تشترط صفة معينة من مصدر اللائحة، فمناط الأمر متروك للمشرع نفسه فى تحديد اختصاص السلطة التنفيذية من خلال اللوائح فى التجريم والعقاب. ويجب على التشريع حين يسند للائحة مهمة التجريم والعقاب أن ينص على ذلك صراحة فى حدود المبادئ التى يحددها التشريع.

ويستوى فى هذه اللائحة أن تكون من اللوائح الأساسية التى نص عليها الدستور، وهى اللائحة التنفيذية ولائحة الضبط (المادة ١٤٥ من الدستور) واللائحة التنظيمية الخاصة بالمرافق والمصالح العامة (المادة ١٤٦ من الدستور)؛ أو أن تكون من اللوائح غير الأساسية، وهى التى تملكها السلطات الحكومية والإدارية الأخرى مثل مجلس الوزراء، والوزراء فى نطاق تنظيم وزاراتهم، والمحافظين فى محافظاتهم[2]. وكل ما يشترط هو أن يخول التشريع لهذه اللائحة سلطة التجريم

---

(١) Déc. n° 143-82 du 30 Juillet 1982 (Rec. p. 57).

(٢) انظر د. محمد رفعت عبد الوهاب، ود. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإدارى، ١٩٩٥ ص ٢٢٢.

والعقاب فى حدود ما ينص عليه .

وبالنسبة للوائح الأساسية ، فإن اللوائح التنفيذية لا تملك وضع جرائم أو عقوبات بغير تفويض صريح من المشرع ، وإنما يجوز للمشرع أن يضع جرائم وعقوبات عند الإخلال ببعض الأحكام الواردة فى هذه اللائحة التنفيذية . وفى هذه الحالة يكون النص التشريعى متضمنا بذاته معنى التجريم والعقاب معا ، ولكنه يقتصر فى تحديد التجريم إلى الإحالة على بعض الأفعال المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية بشرط أن تكون هذه الأفعال مطابقة للمعايير التى وضعها التشريع . وهذه النصوص التشريعية تعد بمثابة تشريع على بياض "Loi en blanc" . وفى هذه الحالة يتضمن التشريع ذاته القاعدة العقابية أمرا أو نهيا بتجريمها وعقابها ، ولكنه يحيل فى تحديد الأفعال إلى ما يرد فى اللائحة التنفيذية . ولاشك فى أن عبارة (بناء على قانون) تتسع أيضا إلى هذا المعنى[1] .

أما لوائح الضبط ، فإنها تنظم ممارسة حريات الأفراد بقصد المحافظة على النظام العام والآداب العامة ، بما فيها الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة . وقد ثار البحث من الناحية الدستورية حول سلطة إصدار هذه اللوائح . فاتجه البعض فى ظل دستور عام ١٩٢٣ إلى تخويل هذه السلطة إلى رئيس الدولة . بينما ذهب الرأى الآخر إلى تخويل الوزير أيضا سلطة إصدار لوائح الضبط استنادا إلى عرف دستورى ، وإلى نص المادة رقم ٣٩٥ عقوبات (الملغاة) التى كانت تنص على عقوبة المخالفة عند مخالفة أحكام اللوائح الصادرة من جهات الإدارة العمومية أو البلدية أو المحلية (أصبحت المادة ٣٨٠ عقوبات) . ثم جاء دستور عام ١٩٥٦ فنص صراحة فى المادة ١٣٨ منه على أن يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط ، وأجاز له أن يفوض غيره فى إصدارها . وكذلك فعل أيضا الدستور المؤقت لعام ١٩٦٤ ، أما الدستور الحالى الصادر عام ١٩٧١ فقد نص فى المادة ١٤٥ على أن «يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط» . ولم يرد فى الدستور أى نص يخول رئيس الجمهورية

(١) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٤٠ سنة ١٥ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد ٩٨٠ فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨ .

(٢) عبد الفتاح حسن ، التفويض فى القانون الإدارى وعلم الإدارة العامة ص ٩٨ و ١٠٩ والاقتصاد س ٤٨ ص ١٦٤ ، سعاد الشرقاوى ، وعبد الله ناصف ، القانون الدستورى والنظام السياسى المصرى سنة ١٩٩٤ ص ٦٢٧ ، ٦٣١ .

حق تفويض غيره فى إصدار هذه اللوائح . ومن المسلم به أنه لا يجوز التفويض فى الاختصاصات المقررة فى الدستور إلا بنص دستورى يسمح بذلك[2]، وهو ما فعلته المادة ١٤٤ من الدستور بشأن اللوائح التنفيذية . ولو شاء المشرع الدستورى أن يبيح تفويض الغير فى لوائح الضبط ، أو أن يسمح للقانون أن يحدد سلطة أخرى فى إصدار هذه اللوائح لنص على ذلك صراحة فى المادة ١٤٥ أسوة بما فعل فى المادة ١٤٤ المذكورة .

أما بالنسبة للوائح غير الأساسية ، فيلاحظ أن المادة ٣٨٠ من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم ٢٦٩ لسنة ١٩٨٦ قد نصت على أنه يترتب على مخالفة أحكام اللوائح العامة أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العمومية أو المحلية ، الحكم بالعقوبات المقررة فى تلك اللوائح بشرط ألا تزيد على خمسين جنيها . فإن كانت العقوبة المقررة فى اللوائح زائدة على هذه الحدود وجب حتما إنزالها إليها . فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما - يجازى من يخالف أحكامها بدفع غرامة لا تزيد على خمسة وعشرين جنيها . وهذه المادة لا تصلح بذاتها أساسا قانونيا لتخويل جهات الإدارة العمومية أو المحلية سلطة التجريم والعقاب فيما تصدره من لوائح عامة أو محلية . كما أن هذا النص ليس قاعدة جنائية على بياض لجميع اللوائح العامة أو المحلية التى لم يحدد النص المذكور ضوابطها . فقد تصور واضع هذا النص أنه يمكن لهذه اللوائح بذاتها أن تتضمن أية عقوبة لا مجرد عقوبات زائدة عن حدود هذا النص (المادة ٣٨٠ عقوبات) ، وهو ما لا تملكه السلطة اللائحية إلا بناء على قانون[1] .

٢٧- التمييز بين القواعد الجنائية والقواعد غير الجنائية

تحكم القواعد الجنائية الواقعة الإجرامية من حيث التجريم والعقاب . ويتحقق ذلك فيما يتطلبه التجرم من تكليف بأمر أو نهى يتوجه به المشرع الجنائى إلى

(١) قارن حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية الصادر فى ١١ من يونية سنة ١٩٩٧ فى الطعن رقم ١١٥٧٣ لسنة ٦٠ قضائية «هيئة عامة» ، الذى أورد أن المادة ٣٨٠ عقوبات تنصرف إلى لوائح الضبط ، بينما أن هذه اللوائح لا تصدر إلا بقرار جمهورى طبقا للمادة ١٤٥ من الدستور وهو ما يخالف صريح المادة ٣٨٠ عقوبات التى نصت على مخالفة اللوائح العامة أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العمومية أو المحلية .

المخاطبين بهذه القواعد، ويترتب على مخالفة التكليف الذى تتضمنه القاعدة الجنائية عقاب معين[1] . وتعبر عن القواعد الجنائية نصوص قانون العقوبات سواء وزعت هذه القواعد بين نص أو أكثر . وبهذه النصوص وحدها يتحدد التجريم والعقاب. ولما كان التجريم والعقاب يستهدفان حماية حقوق معينة أو حماية المصلحة العامة، فإن هذه الحقوق أو المصلحة العامة قد تتحدد من خلال مراكز قانونية يجب توافرها ابتداء. مثال ذلك حماية حقوق الدائن فى عقد الأمانة فى مواجهة انتهاكها، فإنها تفترض وجود عقد الأمانة ابتداء، وحماية حقوق الزوجية فى مواجهة الزنا، فإنها تفترض وجود عقد الزواج، وحماية المعاملات بواسطة الشيكات فى مواجهة إصدارها بدون رصيد فإنها تفترض وجود الشيك ابتداء، وحماية الوظيفة العامة فى مواجهة الاعتداء على واجباتها وكرامتها فإنها تفترض توافر صفة الموظف العام ابتداء. وبعض الحقوق - وكذلك المصلحة العامة - التى يحميها قانون العقوبات تعد مراكز قانونية تخضع فى تحديدها لقواعد غير جنائية. ويتعين فى هذه الحالة توافر هذه المراكز ابتداء كشروط مفترضة قبل إعمال القاعدة الجنائية، وذلك لأن بعض القواعد الجنائية بما تتضمنه من تجريم أو عقاب إنما يتوقف نطاق تطبيقها على إعمال القواعد غير الجنائية فيما تحدده من مراكز قانونية تحميها القواعد الجنائية.

ويتعين التمييز بين القواعد الجنائية والقواعد غير الجنائية فى الأمور الآتية:

(١) تتضمن القاعدة الجنائية شقين، أولهما هو التكليف الجنائى (الأمر والنهى) ويحدد الأفعال والنواهي محل التجريم، وثانيهما هو الجزاء الجنائى (العقوبة) المترتب على مخالفة التكليف الجنائى، بخلاف القاعدة غير الجنائية، فإنها تحدد المراكز القانونية المترتبة على علاقة قانونية، دون أن تندمج فى التكليف الجنائى الذى تتضمنه القاعدة الجنائية.

(٢) تمس القاعدة الجنائية بما تقرره من تجريم وعقاب حقوق المخاطبين بها بالقدر الضرورى والمتناسب للتدخل من أجل حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة. وهذه المصلحة المحمية قد يرتبط تحديدها بمراكز قانونية تقررها القاعدة غير الجنائية، ذلك باعتبار أن هذه الحماية يكفلها أصلا التشريع غير الجنائى الذى أنشأ هذه المراكز

---

(١) انظر الدكتور عبد الفتاح الصيفى، قانون العقوبات، النظرية العامة، بند ١٠ ص ٢٧ و٢٨.

وحددها، إلا أن التدخل الجنائى لا يكون إلا لتقرير حماية جنائية أوجبتها الضرورة الاجتماعية، فلا يوجد أدنى تطابق بين الحماية غير الجنائية التى قامت عليها المراكز القانونية وبين الحماية الجنائية التى يكفلها قانون العقوبات لهذه المراكز القانونية لضرورة اجتماعية تتفق مع وظيفة قانون العقوبات[١].

فالقاعدة غير الجنائية تكفل حماية بعض المصالح المحمية من خلال المراكز القانونية التى تحددها وتنشئ لصاحبها بمقتضاها حقوقا معينة وتفرض عليه التزامات معينة. أما القاعدة الجنائية فإنها لا تتدخل لحماية هذه المصالح إلا إذا اقتضت ذلك ضرورة اجتماعية وبقدر من التناسب بين الجزاء الجنائى والفعل محل التجريم. مثال ذلك عقد الأمانة، فإنه إذا كان القانون المدنى يحدد حقوق طرفى العقد، فإن قانون العقوبات لا يتدخل لحماية هذه الحقوق إلا بالقدر الضرورى عندما تقع خيانة للأمانة على النحو الذى حددته المادة ٣٤١ من هذا القانون، لا بمجرد الإخلال بالتزامات أحد المتعاقدين. وإذا كان قانون التجارة يحدد حقوق أطراف الشيك كورقة تجارية، فإن قانون العقوبات لا يتدخل لحماية حقوق المستفيد فى مواجهة الساحب إلا إذا تطلبت الضرورة ذلك من خلال ارتكاب أفعال معينة مثل إصدار شيك ليس له مقابل وفاء قابل للصرف (المادة ٥٣٤/ ١ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة). فليس صحيحا - كما ذهب البعض - أن قانون العقوبات يتبع القوانين غير الجنائية وأن المصلحة المحمية جنائيا تطابق المصلحة التى يحميها القانون غير الجنائى[٢]، ذلك أن التجريم والعقاب يتوقف على معيار الضرورة والتناسب - كما سنبين فيما بعد. ووفقا لهذا المعيار لا يتدخل قانون

---

(١) يتجلى ذلك بوضوح فى الحوال التى تكتفى فيها محكمة النقض بالظاهر، كما هى الحال بالنسبة إلى عقد الأمانة الباطل والشيك الباطل، ففى هذه الحالة تكون المصلحة المحمية منبثقة من عقد الأمانة أو ظاهر الشيك وليس بالعلاقة القانونية المنبثقة منهما. انظر بالنسبة للشيك الباطل: نقض جنائى ٦ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ٣٣ ص ١٢٤، وانظر بالنسبة لعقد الأمانة الباطل: نقض جنائى ٢٤ مايو ١٩٣٧ مجموعة القواعد جـ ٤ رقم ٨٧ ص ٧٤، ٢١ مارس سنة ١٩٣٨ جـ ٤ رقم ١٨٣ ص ١٧١. وانظر مؤلفنا «الوسيط فى قانون العقوبات» (القسم العام) طبعة ١٩٩٦ ص ٢٧.

(٢) انظر فى هذا المعنى: Decoca André; La structure de la qualification - Cours de droit pénal approfondi - Université du Caire 1968-1969, pp. 99-128.

وانظر فى نقد هذا الاتجاه: الدكتور عبد العظيم وزير، الشروط المفترضة فى الجريمة، طبعة ١٩٨٣، ص ١٨٣، ١٨٤.

العقوبات تبعا لمعايير قانون غير جنائى ، وإنما يكون تدخله بصفة أصلية حماية للحقوق والحريات والمصلحة العامة إذا تطلبت الضرورة الاجتماعية ذلك وبقدر متناسب . ومن ثم فالحماية غير الجنائية للمصالح المتولدة من المراكز القانونية تختلف عن الحماية الجنائية لها ؛ لأن هذا النوع الأخير من الحماية مقيد بما تتطلبه الضرورة والتناسب من تدخل جنائى ، وهو ما لا تطلبه الحماية غير الجنائية ، نظرا لاختلاف مضمون كل من التدخل الجنائى والتدخل غير الجنائى .

(٣) قد تندمج القاعدة غير الجنائية فى القاعدة الجنائية إذا توقف تحديد مضمون التكليف الجنائى الوارد فى القاعدة الجنائية على ما تحدده القاعدة غير الجنائية ، وذلك عن طريق تحديد الأفعال والنواهى التى تعاقب عليها القواعد الجنائية . ويتجلى ذلك فى القواعد الجنائية على بياض . مثال ذلك ، قرار وزير التموين بالتسعير الجبرى ، والقرار اللائحى بتحديد الرسوم الجمركية . ففى هذين المثالين يندمج شق التكليف الجنائى الوارد فى القاعدة الجنائية التى تعاقب على البيع بأكثر من التسعيرة ، أو تعاقب على عدم أداء الرسوم . وفى هذا الفرض تحدد القواعد غير الجنائية مضمون التكليف الجنائى ، أى مضمون الأفعال والنواهى محل التجريم ، فتعد النصوص المعبرة عن هذه القواعد مع النصوص المعبرة عن القواعد الجنائية كلاً لا يتجزأ . ولهذا ، فإن القاعدة الجنائية فى هذه الحالة تكون بمثابة قاعدة على بياض ، تملأ بياضها القاعدة غير الجنائية .

وتختلف القواعد غير الجنائية المندمجة فى القواعد الجنائية ، عن غيرها من القواعد غير الجنائية فى أن الأولى تحدد الأفعال أو النواهى التى تعاقب عليها القواعد الجنائية ، كما فى المثالين السابقين . أما غيرها من القواعد غير الجنائية ، فإنها تقتصر على تحديد الشروط المفترضة السابقة على التكليف الجنائى ، أى السابقة على الركنين المادى والمعنوى للجريمة دون أن تسهم فى تحديد مضمون الأفعال والنواهى محل التجريم . مثال ذلك عقد الأمانة فى جريمة خيانة الأمانة ، فإن القاعدة المدنية تحدد ماهية هذا العقد وأركانه ، أما القاعدة الجنائية فإنها تحدد الأفعال المعاقب عليها بهذا العقد (وهى الاختلاس والتبديد والاستعمال) ، ولا تعاقب على كل صور الإخلال بالتزامات هذا العقد . وكذلك الشأن بالنسبة إلى الشيك فى جريمة إصدار شيك بدون رصيد ، فإن القاعدة التجارية تحدد المقصود بالشيك ، أما القاعدة

الجنائية، فإنها تحدد الأفعال المعاقب عليها إخلالا بنوع من الالتزامات المترتبة على إصداره، ولا تعاقب على كل صور الإخلال بالالتزامات المترتبة على إصدار الشيك.

ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا أصدرت حكما فى ١٢ مارس سنة ٢٠٠١ فى القضية رقم ٩٧ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» بشأن الطعن بعدم دستورية الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١، وكذا قرار رئيس الجمهورية رقم ٧٧ لسنة ١٩٩٢ بإخضاع نشاط النقل بالسيارات للضريبة العامة على المبيعات؛ لمخالفتها للمادة ١١٩ من الدستور. وقد أحيل الطعن إلى المحكمة بقرار من محكمة الجرائم المالية والضرائب بمحكمة جنوب القاهرة فى أثناء نظرها قضية تهرب من أداء الضريبة العامة على المبيعات المستحقة على نشاطه فى النقل بالسيارات. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا باعتبار الخصومة منتهية بناء على أن القانون رقم ١٩٩٧ قد ألغى بأثر رجعى النصوص المطعون بعدم دستوريتها، وأنها قد قضت من قبل بانتفاء شرط المصلحة فى الطعن بناء على ذلك. إلا أنه مما يستلفت النظر أن المحكمة الدستورية العليا قد أوردت فى أسباب حكمها المذكور أن إبطال النص التشريعى فى هذه الحالة لن يحقق للمدعى (المتهم) أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانونى بعد الفصل فى الدعوى الدستورية عما كان عليه قبلا. ووجه النظر فى الحكم أن النص بإلغاء النصوص التى فرضت الضريبة على المبيعات بأثر رجعى ينطوى على قاعدة جنائية تلغى مضمون محل التهرب الضريبى من ضريبة المبيعات. وبالتالى يعد هذا الإلغاء قانونا أصلح للمتهم يتعين تطبيقه بأثر رجعى. ومن هنا، فكان يجدر بالمحكمة الدستورية أن تشير فى أسباب حكمها إلى هذا المعنى؛ لأن المتهم - يقينا - له فائدة عملية من الإلغاء بأثر رجعى، وإن لم تكن له فائدة من الحكم بعدم الدستورية.

(٤) تحدد القاعدة غير الجنائية الشروط الواجب توافرها ابتداء قبل وقوع الجريمة بيما تستأثر القاعدة الجنائية بتحديد أركان هذه الجريمة وعقوبتها. ولا تتدخل القاعدة غير الجنائية لتحديد مجال التجريم والعقاب؛ لأن المراكز القانونية الناشئة أو المحمية بالقاعدة غير الجنائية ليست محمية بالقاعدة الجنائية إلا بحكم الضرورة والتناسب

كمعيار للتجريم والعقاب. وتتجلى الضرورة والتناسب فى أفعال محددة يحددها الركن المادى للجريمة ورابطة نفسية معينة يحددها ركنها المعنوى، وهو ما لا تتطلبه حماية المراكز القانونية وفقا للقاعدة غير الجنائية. ومن ثم، فإن القاعدة غير الجنائية يقتصر دورها على تحديد المراكز القانونية وحمايتها فى مجال واسع، بخلاف القاعدة الجنائية، فإنها تحدد مجال الحماية الجنائية التى تضفيها على هذه المراكز فى مجال ضيق يتحدد وفقا لمعيار الضرورة والتناسب، وهو مجال أضيق مما تضفيه الحماية غير الجنائية. على أن ذلك لا يمنع من اشتراط توافر المراكز القانونية التى تحددها القاعدة غير الجنائية، لأن المشرع الجنائى يفترض هذا التوافر ابتداء ثم يختار بعد ذلك ما يراه من مصالح قانونية متولدة عنها (الحقوق والحريات والمصلحة العامة) لكى يضفى عليها حماية بالقدر الضرورى المتناسب.

(٥) قد تؤثر القواعد غير الجنائية فى نطاق التجريم والعقاب. فالمركز القانونى المفترض توافره قبل وقوع الجريمة يخضع كما بينا لقاعدة غير جنائية، إلا أن هذا المركز القانونى بدوره قد يؤثر فى وصف الجريمة أو فى عقوبتها.

فهناك أحوال يؤدى فيها المركز القانونى المفترض توافره قبل وقوع الجريمة دورا فى تحديد الوصف القانونى للجريمة، مثل صفة الموظف العام فى جناية الرشوة أو جناية الاختلاس وجرائم الباب السادس من الكتاب الثانى من قانون العقوبات. وهناك أحوال أخرى يلعب فيها المركز القانونى دورا فى تحديد الظرف المشدد للجريمة مثل صفة الجانى فى جريمة الاغتصاب (المادة ٢٦٧/ ٢ عقوبات).

(٦) تخضع المسائل غير الجنائية التى تنظمها القواعد غير الجنائية التى تفصل فيها تبعا للدعوى الجنائية طرق الإثبات المقررة فى القانون الخاص بتلك المسائل (المادة ٢٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية). وهو ما يؤكد على أن المسائل غير الجنائية لا تندمج فى المسائل الجنائية.

المبحث الثالث
نطاق انفراد التشريع
فى تحديد الإجراءات الجنائية

٢٨- مبدأ انفراد التشريع فى تحديد الإجراءات الجنائية

قد تقتضى المصلحة الاجتماعية الحد من حريات الأفراد، ويقدر المشرع حدود هذه المصلحة بوصفه السلطة الممثلة لإرادة المجتمع وسيادته. ويعبر عن هذه الحدود قانون العقوبات من خلال مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون». وعندما تباشر الدولة الإجراءات اللازمة لكشف الحقيقة وتقرير حقها فى العقاب يبدو خطر المساس بالحرية الفردية من خلال مباشرة هذه الإجراءات. ولذلك يتعين على المشرع أن يتدخل فى هذه الحالة لكى يقرر الحدود التى تتطلبها المصلحة الاجتماعية للمساس بالحرية من خلال الإجراءات الجنائية، والسلطة التشريعية هى التى تملك وحدها تقرير القيم الاجتماعية، وجوهر الحرية الشخصية التى لا يجوز المساس بها على الإطلاق، والشروط اللازمة لتحقيق التوازن بين مصالح المجتمع وحقوق الفرد.

وبناء على ذلك، فإن القانون وحده هو الذى يحدد الإجراءات الجنائية منذ تحريك الدعوى الجنائية حتى صدور حكم بات فيها، وهو الذى ينظم إجراءات التنفيذ العقابى بوصفها المجال الطبيعى للمساس بالحرية تنفيذا للحكم القضائى.

ويعد هذا المبدأ معبرا عن أحد ركائز الشرعية الدستورية فى الإجراءات الجنائية. وتطبيقا لهذا المبدأ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المشرع - وحده - يملك المساس بحرية الأفراد[١].

---

(١) Cass 1 ér février 1956. D. 1956, p. 365.

واشتراط القانون أداة لتحديد قواعد الإجراءات الجنائية يستند إلى مبدأ عام، وهو الثقة فى القانون لتنظيم الحريات. ويرتكز أساس هذا المبدأ على ما تتمتع به قواعد القانون من صفة العمومية والتجريد، وفى أنه يصدر من سلطة تمثل الشعب. وصفة عمومية القانون وتجريده هى بذاتها ضمان أساسى لأنها تؤكد على أن القيود الواردة على الحريات لا تستند إلى اعتبار شخصى(١)، وتضمن مساواة المواطنين عند ممارسة حرياتهم، كما أن صدور القانون من السلطة التشريعية يكفل تعبيره عن الإرادة الشعبية، مع ملاحظة أن الموافقة على مشروع القانون لا تكون إلا بعد مناقشته علنا أمام ممثلى الشعب، وفى حضور جميع أصحاب الاتجاهات المختلفة، بالإضافة إلى الإجراءات البطيئة الشكلية التى يتعين اتباعها قبل الإقدام على أى تعديل للقانون.

وينبثق مبدأ انفراد القانون بتنظيم قواعد الإجراءات الجنائية من مبدأ أن القانون وحده هو المنظم للحريات، وذلك باعتبار أن الإجراءات الجنائية تنطوى على مساس بالحريات، هذا بالإضافة إلى أن قواعد الإجراءات الجنائية فى حقيقة الأمر تعتبر من المبادئ العامة التى تحكم قانون العقوبات(٢)، باعتبار أنه لا يمكن تطبيق قواعد قانون العقوبات بغير قانون الإجراءات الجنائية. ولما كانت المبادئ العامة لقانون العقوبات تحكم نطاق الجرائم والعقوبات، فإنها تخضع كذلك حتما لمبدأ الشرعية.

وقد عنيت كثير من الدساتير بإيضاح هذا المبدأ، مثال ذلك الدستور اليابانى (١٩٦٣) فقد نص فى المادة ٣١ منه على أنه «لا يجوز حرمان أحد من حقه فى الحياة أو الحرية، كما لا يجوز توقيع عقوبات جنائية على أحد ما لم يكن وفقا لإجراءات يحددها القانون»، ونص الدستور الهندى (١٩٤٩) فى المادة ٢١ منه على أنه «لا يجوز أن يحرم شخص من حياته أو حريته الشخصية إلا طبقا للإجراءات التى ينص

---

(١) وقد عبر عن هذا المعنى الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٧٩٣، فقال: «القانون هو التعبير الحر والرسمى للإرادة العامة، وهو واحد للجميع سواء من يحميهم أو من يعاقبهم، ولا يمكن أن يأمر إلا بما هو عدل ومفيد للمجتمع، ولا يمكن أن ينهى إلا عما هو ضار».

(٢) انظر: V.GARRABOS; Le domaine de l'autorité de loi du réglement en matiére pénale, thése, Paris 1970, p. 30.

عليها القانون»، ونص الدستور الإيطالى (١٩٤٧) على أنه لا يجوز حبس أى شخص أو تفتيشه أو التحرى عنه، بأية طريقة من الطرق، كما لا يسمح بأى قيد آخر على الحرية الشخصية إلا بمقتضى إجراء مسبب من السلطة القضائية وفى الأحوال وبالطرق المنصوص عليها فى القانون.

وقد أوضح الدستور الفرنسى (١٩٥٨) هذا المبدأ صراحة فى المادة ٣٤؛ فنص على أن يحدد القانون القواعد التى تخص المسائل الآتية: «. . . الجنايات والجنح والعقوبات المقررة لها والإجراءات الجنائية والعفو وإنشاء الأنواع للمحاكم ونظام القضاء». ويكشف هذا النص مدى الارتباط بين شرعية الجرائم والعقوبات وشرعية الإجراءات الجنائية.

وعنيت المحكمة الدستورية العليا الإيطالية بتقرير أن شرعية الإجراءات الجنائية تسهم فى تحقيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بدقة[١].

ويتضح هذا المبدأ فى الدستور المصرى الصادر فى سنة ١٩٧١، إذ نص فى المادة ٤١ فيه على أنه لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع. ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة وذلك وفقا لأحكام القانون. كما نص فى المادة ٤٤ على أن للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون[٢].

ونص كذلك فى المادة ٤٥/ ٢ على حرمة المراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية ولم يجز المساس بها وفقا لأحكام القانون[٣].

---

(١) الحكم الصادر فى ١٥ فبراير سنة ١٩٩٩، مشار إليه فى مؤلف: Marc Verdussen, op cit., p. 93.

(٢) أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكمها بجلسة ٢ يونيو سنة ١٩٨٤ فى القضية رقم ٥ لسنة٤ قضائية «دستورية» بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية التى تبيح لمأمور الضبط القضائى فى حالة التلبس تفتيش منزل المتهم لتعارضها مع المادة ٤٤ من الدستور.

(٣) جرم المشرع المصرى الاعتداء على الحياة الخاصة للمواطن باستراق السمع أو تسجيل أو نقل محادثات جرت فى مكان خاص أو عن طريق التليفون، وكذلك التقاط أو نقل صورة شخص فى أى مكان خاص، وذلك عن طريق أى جهاز من الأجهزة، وكذلك إذاعة أو تسهيل إذاعة أو استعمال ما سبق ولو فى غير علانية، وشدد العقوبة إذا كان الجانى موظفا عامة (المادتان ٩ و٣ مكررا و٣٠٩ مكررا (١) من قانون العقوبات المضافتان بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢)

٢٩ـ ماهية قواعد الإجراءات الجنائية

يدق الأمر عند تحديد المقصود بقواعد الإجراءات الجنائية لثلاثة أسباب، هى أن قانون الإجراءات الجنائية لا يتضمن تعريفا لما يسمى بالإجراء الجنائى، والثانى أن قانون الإجراءات الجنائية لا يضم بالضرورة جميع القواعد الإجرائية، فهناك نصوص كثيرة خارج مدونة هذا القانون تنظم الإجراءات الجنائية. وأخيرا، فإن بعض النصوص الواردة فى قانون الإجراءات الجنائية لا ينطبق عليه وصف القواعد الإجرائية بالمعنى الدقيق.

وفى ضوء أهداف قانون الإجراءات الجنائية وطبيعته يمكن تحديد قواعد الإجراءات الجنائية بأنها القواعد التى تضع الإجراءات اللازمة لكشف الحقيقة، وذلك من أجل تحقيق فاعلية العدالة الجنائية (تطبيق قانون العقوبات وتعويض المضرور من الجريمة) والتى تحدد أيضا الجهات القضائية المختصة بتطبيق هذه القواعد.

والمشرع فى تحديده لقواعد الإجراءات الجنائية يجرى التوازن الضرورى بين حماية الحرية الشخصية وما يتعلق بها من حقوق وحريات، وحماية المصلحة العامة (فاعلية العدالة الجنائية).

وبدون هذا التوازن لن تتحقق حماية الحرية وحقوق الإنسان بوصفها أساسا للشرعية الإجرائية، ذلك أنه بدون فاعلية العدالة الجنائية لا يمكن ضمان ممارسة الحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان. وكما عبرت المادة الرابعة من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان، فإن الحرية تكون فى مباشرة كل ما لا يلحق الضرر بالغير.

ومقتضى ذلك أن ممارسة الفرد للحقوق والحريات لا تكون على حساب مباشرة الغير لهذه الحقوق. والمشرع وحده هو صاحب الاختصاص فى وضع حدود ممارسة حريات الناس وحقوقهم حتى لا تتضارب الحريات وتتنازع فيما بينها.

وقد قيل بأن اختصاص المشرع بإجراء التوازن الضرورى بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة هو عنصر أساسى فى النظرية العامة للحريات، وأن الإجراء الجنائى هو توأم الحرية[١].

---

(١) Droit constitutionnel. droits de l'homme, rapport, op. cit., p. 193.
وانظر قرار المجلس الدستورى الفرنسى فى ٢٧ يوليو سنة ١٩٨٣ مشارا إليه فى ذات التقرير ص ١٩٣.

٣٠ـ عدم صلاحية أن تكون الإجراءات الجنائية بناء على قانون

إذا كان الدستور قد أجاز تحديد الجرائم والعقوبات بناء على قانون، فإن الأمر على خلاف ذلك فى الإجراءات الجنائية، إذ يجب أن يكون مصدرها التشريع وحده، وذلك لمساسها بالحقوق والحريات، ولا يجوز للمشرع أن يتنازل عن اختصاصه بتحديد قواعد الإجراءات الجنائية بجميع أنواعها، وذلك لاتصالها بالحرية الشخصية للمواطنين، فإذا جاء القانون وفوض السلطة المكلفة بتنفيذ القانون أو تطبيقه فى وضع قواعد إجرائية معينة، فإنه يكون مخالفا للدستور.

وتطبيقا لذلك، فإن السلطة التنفيذية لا تملك بواسطة اللوائح أن تستحدث إجراءات جنائية أو أن تجرى أى تعديل على التنظيم التشريعى للحريات. فكل تنظيم لائحى يصدر فى هذا الشأن يجب أن يكون فى نطاق القواعد التشريعية المنظمة للحريات دون المساس بها أو الانتقاص منها. فإذا سكت المشرع فى مسألة معينة، فإن اللائحة تلتزم باحترام المبادئ العامة للقانون فضلا عن الدستور[1]. ومن ثم، فاللائحة لا تمارس فى مسائل الحريات إلا دورا تبعيا فى حدود الدستور والقانون وليس لها أى دور أصيل فى هذا الشأن.

هذا بالإضافة إلى أن الأصل فى السلطة النفيذية أنها لا تتولى التشريع، وإنما يقوم اختصاصها أساسا على إعمال القوانين وإحكام تنفيذها، وكل ما تملكه هو إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين[2].

وبناء على ذلك لا يجوز للسلطة التنفيذية بقرار لائحى أن تنظم أية خصومة جنائية سواء من حيث سير إجراءاتها أو من حيث الإحالة إلى المحاكم أو الاختصاص بنظرها. وكل تنظيم إجرائى يصدر بلائحة لأى وجه من الوجوه أو لأى مرحلة من مراحل الخصومة الجنائية يكون مخالفا للشرعية الدستورية. ولما كان مبدأ تنظيم الحريات بقانون هو من المبادئ الدستورية العامة التى أكدها الدستور

---

(١) Jacqes Robert, Libertés publiques, op. cit., pp. 103 et 111.
V. Garrabos, thése, op cit., p 681.

(٢) دستورية عليا فى يونية سنة ١٩٨٧ القضية رقم ٩ لسنة ٨ قضائية «دستورية» مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ ٤ رقم ٨ ص ٥٦، وفى أول إبريل سنة ١٩٨٩، القضية رقم ١٣ لسنة ٨ قضائية «دستورية» المجموعة السابقة جـ ٤ رقم ٢٣ ص ١٥٦.

المصرى لسنة ١٩٧١ على ما أسلفنا بيانه، فإن أى قرار تنظيمى يعالج أمرا يتعلق بالخصومة الجنائية يكون مشوبا بعدم الدستورية. وكل ما تملكه السلطة التنفيذية هو التنظيم اللائحى لما يقرره القانون(١).

ويجدر التنبيه إلى أنه وإن جاز للسلطة التنفيذية - بناء على القانون - إصدار لوائح تنص على بعض قواعد التجريم والعقاب فى حدود معينة، إلا أن هذه السلطة لا تمتد إلى تنظيم الخصومة الجنائية، ولو فيما يتعلق بالمخالفات التى نصت عليها اللوائح الإدارية بناء على قانون، فهذه اللوائح تصدر بناء على تفويض السلطة التنفيذية بالتشريع بناء على القانون فى بعض جوانب التجريم والعقاب(٢)، وفقا للدستور. ومن ثم فإن نطاقها يظل محصورا بحدود هذا التفويض دون توسع أو قياس عليه. وقد أكد السكرتير العام للحكومة الفرنسية على هذا المعنى فى اللجنة الاستشارية الدستورية التى نظرت مشروع الدستور الفرنسى الصادر فى سنة ١٩٥٨ فقال بأنه رغم أن تحديد المخالفات والعقوبات المقررة لا يدخل بحسب الأصل فى السلطة اللائحية، فإن الإجراءات الواجب اتباعها للبحث والتحقيق والعقاب عن المخالفات، وكذلك أيضا الموضوعات المتعلقة باختصاص البوليس، كل ذلك يدخل فى نطاق القانون.

وقد ثار البحث فى فرنسا حول مدى دستورية قانون الإجراءات الجنائية حين يفوض السلطة القضائية فى تحديد اختصاص المحكمة، وكان ذلك بصدد المادة ٢٩٨/ ١ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى التى خولت رئيس المحكمة الابتدائية أن يحدد بصفة نهائية المحكمة التى تحال إليها الدعوى وما إذا كانت من المحاكم المشكَّلة من ثلاثة قضاة أو من قاض واحد. وقد طعن ٦٩ عضوا من أعضاء مجلس الشيوخ الفرنسى بعدم دستورية هذا النص أمام المجلس الدستورى، بناء على وجهين هما مخالفته لمبدأ المساواة أمام القانون والقضاء، ومخالفته لمبدأ محاكمة المواطنين أمام محكمة متعددة القضاة. وقد قرر المجلس الدستورى

---

(٣) Droit constitutionnel: droits de l'homme, rapport, op. cit., p. 351.

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا فى ٦ إبريل سنة ١٩٩١ فى القضية رقم ١٦ و١٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٧ بتاريخ ٢٧ إبريل سنة ١٩٩١، وحكمها فى ٧ مارس سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٤٣ لسنة ٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٤ بتاريخ ٢ إبريل سنة ١٩٩٢.

الفرنسى فى ٢٣ يوليو سنة ١٩٨٥ عدم دستورية هذا النص[١]. وقد أسس المجلس الدستورى قراره بناء على عدة أسباب يهمنا فى هذا المقام الإشارة إلى سبب منها تصدى له المجلس من تلقاء نفسه، وهو مخالفة النص لمبدأ اختصاص المشرع وحده بتحديد قواعد الإجراءات الجنائية طبقا للمادة ٢٤ من الدستور الفرنسى[٢]. ووفقا لهذا السبب من عدم الدستورية، فإن المشرع لم يمارس بنفسه الاختصاص الذى خوله إياه الدستور، بل عهد به إلى سلطة أخرى، بينما لا يجوز للمشرع - الذى خوله الدستور سلطة التشريع - أن يفوض بدوره هذا الاختصاص إلى سلطة أخرى. وكان من الواجب تحديد المحكمة المختصة بناء على نص القانون مباشرة، لا من خلال قرار يصدره رئيس المحكمة فى حدود سلطته التقديرية بدون التقيد بمعايير موضوعية حددها القانون، فمثل هذا التفويض الفرعى من جانب المشرع يعد تخليا عن اختصاصه الذاتى فى مسألة تتعلق باستعمال حريات المواطنين[٣].

ولا تصلح منشورات وتعليمات النائب العام مصدرا للإجراءات الجنائية، وكل نص فى هذه المنشورات أو التعليمات صدر فى حدود السلطة الإدارية للوزير أو للنيابة العامة ويقتصر نطاقه على تنظيم سير العمل.

على أنه إذا تناولت تعليمات النائب العام موضوعات تتصل بإجراءات الاتهام التى يباشرها أعضاء النيابة العامة نيابة عن النائب العام (المادة ٢/ ١ إجراءات)، فإن مخالفة هذه التعليمات تنطوى ضمنا على خروج أعضاء النيابة العامة عن اختصاصهم المبين فى قانون الإجراءات الجنائية، وهو ما يعد مخالفا لهذا القانون، وكل جزاء إجرائى يرتبه القانون ينجم بسبب هذه المخالفة.

ومن ناحية أخرى، نصت المادة ٤٤ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ على حالتين تلتزم فيهما محكمة الموضوع باتباع حكم محكمة النقض، والحالة الأولى تتعلق بالحكم

---

(١) انظر: V. Garrabos, thésc, op. cit., pp. 634 et 635.

(٢) وقد أسس المجلس قراره أيضا على الإخلال بمبدأ المساواة أمام القضاء ولم يبحث المجلس وجه الطعن الخاص بمخالفة مبدأ محاكمة المواطنين أمام محكمة متعددة القضاة.

Décision du 23 juillet 1975, J.O 107 éme anneé, no. 170, p. 7533.

(٣) Jurisprudence du conseil constitutionnel, Rev, du droit public et de science politique en France et à l'étranger, 1075, no. 5 p. 1318-1323.

المطعون فيه إذا صدر بقبول دفع قانونى مانع من السير فى الدعوى ونقضته محكمة النقض وأعادت القضية إلى المحكمة التى أصدرته لنظر الموضوع، فلا يجوز لهذه المحكمة أن تحكم بعكس ما قضت به محكمة النقض، ففى هذه الحالة تلتزم محكمة الموضوع المحالة إليها الدعوى للمرة الثانية باتباع حكم محكمة النقض خلافا للأصل العام بشأن وساطة محكمة الإحالة. ولكن ذلك لا يعنى أن قضاء النقض فى هذه الحالة يأخذ حكم القواعد المجردة التى تسرى على جميع القضايا الأخرى، أما الحالة الثانية من المادة ٤٤ سالفة الذكر، فتتعلق بالحكم الذى تصدره الهيئة العامة للمواد الجزائية بمحكمة النقض، فلا يجوز لمحكمة الموضوع أن تحكم بعكسه، على أن هذا التقيد نسبى بحت، فلا يمتد إلى غير القضية التى صدر بشأنها حكم الهيئة العامة للمواد الجزائية، فهذا الحكم - كذلك - لا يعد مبدأ عاما تتقيد به جميع المحاكم مستقبلا، ومن ثم لا يتضمن أى قاعدة عامة مجردة.

ولا يجوز أن ينص القانون على أن تتولى المحكمة تحديد إجراءات المحاكمة، لأن القانون ذاته هو وحده المصدر لكل إجراء جنائى. وقد ثار البحث فى اليابان حول مدى سلطة المحكمة العليا فى إنشاء قواعد إجرائية، بناء على أن الدستور اليابانى نص فى المادة ٧٧ على أن تتولى المحكمة العليا إصدار اللوائح التى تنظم إجراءات المحاكمة. وقد ذهب الفقه اليابانى إلى أن هذا النص لا يخل بالأصل العام المنصوص عليه فى المادة ٣١ من[(١)] الدستور اليابانى، وهو أن يكون التشريع وحده مصدر كل إجراء. وبناء على ذلك فإن سلطة المحاكم فى وضع قواعد إجراءات المحاكم يجب أن تكون محض تطبيق لنصوص القانون، وهو الأعلى مرتبة من أى قواعد أخرى تضعها المحكمة[(٢)].

---

(١) وبناء على ذلك، فإن ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٢٢ من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ بتنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب من أن المحكمة تحدد الإجراءات التى تتبع فى نظر طلب المصادرة يعتبر مخالفا للدستور. هذا وقد نسخت هذه الفقرة بالمواد ٣٥ و٣٦ و٣٧ و٣٨ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ بحماية القيم من العيب، مع مراعاة أن المادة ٣٨ من هذا القانون قد نصت على أن تتبع فى المحاكمة أمام محكمة القيم القواعد والإجراءات المبينة فى هذا القانون وما لا يتعارض معها من القواعد والإجراءات المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الإثبات وقانون الإجراءات الجنائية ويكون لها الاختصاصات المقررة قانونا لسلطة التحقيق.

(٢) George Fred SHICEMITSU ADNDO, Japanese criminal procedure (Translated by B. H. B. Rothman and com.) South Hackensack, N J. 1965, p. 21 and 22.

وقد نصت المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن «تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور، وذلك إذا أثارت خلافا فى التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها». وهذا التفسير كاشف عن المقاصد الحقيقية التى توخاها المشرع عند إقرار القانون ويعبر عن إرادته الحقيقية التى يفترض فى هذه النصوص أن تكون معبرة عنها مبلورة لها، فهو لا ينشئ حكما جديدا، بل يعد قرار المحكمة بالتفسير مندمجا فى النص موضوعه وجزءا منه لا يتجزأ، وساريا بالتالى منذ نفاذه. ومن ثم، فإن هذا القرار لا يعد بذاته مصدرا لقواعد قانون الإجراءات الجنائية محل التفسير، بل هو إعلان لإرادة المشرع التى حمل هذه القواعد عليها منذ صدورها. وقد عنيت المحكمة الدستورية العليا فى قراراتها الخاصة بالتفسير أن تربط بين مناط اختصاصها وهو الخلاف فى التطبيق، وبين مبدأ المساواة أمام القانون، فاستوجبت أن يكون شأن هذا الخلاف المساس بمبدأ المساواة أمام القانون.

٣١- نطاق اختصاص السلطة التنفيذية بتحديد الإجراءات الجنائية فى حالة الطوارئ

يكون إعلان حالة الطوارئ لمواجهة نذر خطيرة تهدد معها المصالح القومية، وقد تنال من استقرار الدولة أو تعرض أمنها وسلامتها للخطر الداهم، وهذه الحالة لا تلائمها أحيانا الإجراءات التى تنص عليها القوانين العادية فى الأوضاع المعتادة، ذلك أن طبيعة حالة الطوارئ ومداها تفرض من الإجراءات الاستثنائية ما يناسبها، ويعد لازما لمواجهة بقائها. وكما تقول المحكمة الدستورية العليا فى مصر فإن هذه الإجراءات الاستثنائية «لا تقتصر بالضرورة فيما يكون ضروريا فيها لمواجهة الجرائم التى تهدر أمن الدولة الداخلى أو الخارجى، بل تتناول فى عديد من صورها وتطبيقاتها جرائم أخرى تخرج عن هذا النطاق وتجاوزه، ولا نزاع فى خطورتها أو فى اتحادها معها فى علة خضوعها لتلك التدابير الاستثنائية التى تقتضيها سرعة

الفصل فيها ردعا لمرتكبيها وحفاظا على سلامة القومية بما يكفل تأمينها مما يخل بها ولو بطريق غير مباشر»[1].

وقد جاء القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ فأجاز لرئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه أن يحيل إلى محاكم أمن الدولة بعض جرائم القانون العام (المادة ٩) كما أجاز لرئيس الجمهورية (فى قضايا معينة) أن يأمر بتشكيل دوائر أمن الدولة العليا من الضباط بوظيفة النيابة العامة (المادة ٨/ ٢) فى وقت لم يكن للقضاء العسكرى فيه كيان متكامل يمكن الإحالة إليه مباشرة، وهو ما استجد بموجب قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠. كما أجاز هذا القانون أن يتضمن الأمر بتشكيل محاكم أمن الدولة من الضباط للإجراءات التى تتبع أمامها (المادة ٨/ ١) وأجاز له أن يحدد فى الأوامر التى يصدرها الإجراءات والقواعد التى تختص بها هذه المحاكم (المادة ١٠/ ١). وواضح من هذه النصوص أنه فى حالة الطوارئ فإن قواعد الإجراءات الجنائية قد يكون مصدرها قرار رئيس الجمهورية - وذلك تطبيقا للمادتين ٨ و ١٠ من قانون الطوارئ سالفتى الذكر - وهو ما يتفق مع طبيعة حالة الطوارئ، والتى تستند إلى الضرورة، والتى تضفى نوعا من الشرعية الاستثنائية على القواعد القانونية التى تصدر طبقا لمقتضيات هذه الحالة، ومنها توسيع نطاق السلطة التنفيذية فى مسائل تدخل فى أحوال الشرعية العادية فى نطاق السلطة التشريعية. وكما أن الأوامر العسكرية قد تكون مصدرا للجرائم والعقوبات، فإنها تكون أيضا مصدرا للإجراءات الجنائية.

ومن ناحية أخرى، فإن قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ قد أجاز فى المادة ٦/ ٢ المعدلة بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠ لرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يحيل إلى القضاء العسكرى أيا من الجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات أو أى قانون آخر. وقد قضت المحكمة العليا[2] (التى كان لها الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين قبل إنشاء

---

(١) قرار المحكمة الدستورية العليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ فى طلب التفسير رقم ١ لسنة١٥ قضائية «تفسير» الجريدة الرسمية العدد ٤ مكررا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣.

(٢) المحكمة العليا (التى كان لها الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين) فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٧٦ فى الدعوى رقم ١ لسنة ٦ قضائية، وفى ٣ إبريل سنة ١٩٧٦ فى الدعوى رقم ١٢ لسنة٥ قضائية.

المحكمة الدستورية العليا) أن سلطة الإحالة إلى القضاء العسكرى لا تنشئ اختصاصا للقضاء العسكرى، ولا تعدو أن تكون أداة لتنفيذ حكم الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأحكام العسكرية المضافة بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠ التى خولت للقضاء العسكرى ولاية الفصل فى الجرائم كافة عند قيام حالة الطوارئ على النحو المتقدم ذكره[١]. وميزة هذا الحكم هو إضفاء القيمة الدستورية لهذا النص، وتقرير أن الاختصاص يستند إلى قانون الأحكام العسكرية وليس إلى قرار الإحالة، أى أن الإحالة لا تنشئ الاختصاص لأنه محدد سلفا بنص القانون.

وقد أثير خلاف فى التطبيق حول تفسير المادة ٦/ ٢ من قانون المحاكم العسكرية بين محكمتين تابعتين لجهتين قضائيتين مختلفتين، إحداهما هى المحكمة العسكرية العليا، وأخراهما هى محكمة القضاء الإدارى. فقد ذهبت المحكمة العسكرية العليا[٢] إلى أن كلمة «الجرائم» الواردة فى الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأحكام العسكرية يتسع مدلولها ليشمل كل جريمة معاقبا عليها قانونا سواء كانت محددة بنوعها تحديدة مجردا أم كانت معينة بذاتها بعد ارتكابها فعلا. وذهبت محكمة القضاء الإدارى[٣] إلى وجهة أخرى مناقضة لها، فقد قصرت كلمة «جرائم» الواردة بنص هذه الفقرة على تلك التى يكون المشرع قد حددها بنوعها تحديدا مجردا. وأمام هذا الخلاف طلب وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء من المحكمة الدستورية العليا تفسير نص المادة السادسة من قانون الأحكام العسكرية الصادرة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠. وقد قررت المحكمة الدستورية العليا أن مجابهة المخاطر التى تفترض السلامة القومية - ما كان منها حالا أو وشيكا - تمثل إطارا للمصلحة الاجتماعية التى أقر المشرع على ضوئها ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بعد تعديلها بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠ من تخويل رئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يحيل إلى القضاء العسكرى أيا من الجرائم

(١) المحكمة العسكرية العليا فى ٣ ديسمبر سمة ١٩٩٢ فى القضيتين رقمى ٢٣ و٢٤ لسنة ١٩٩٢ جنايات إدارة المدعئ العام العسكرى.

(٢) محكمة القضاء الإدارى فى ٨ ديسمبر فى سنة ١٩٩٢ فى الدعوى رقم ٧٦٣ لسنة ٤٧ قضائية.

(٣) فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣، انظر طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢٥ قضائية «تفسير» سالف الإشارة إليه.

التى يعاقب عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر ، وأن هذه المصلحة الاجتماعية تبلور إرادة المشرع وتحدد تبعا لها نطاق تطبيق هذه الفقرة . وقالت المحكمة الدستورية العليا فى قرار التفسير إن السلطة المخولة لرئيس الجمهورية محددة على ضوء المصلحة الاجتماعية سالفة الإشارة إليها ، كان ملحوظا فيها ألا يكون اختصاص رئيس الجمهورية - فى إعمال الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها - منحصرا فى الجرائم المنصوص عليها فيها المحددة بنوعها تحديدا مجردا ، وإنما يتناول هذا الاختصاص كذلك جرائم بذاتها مما تنص عليه الفقر الثانية يحيلها رئيس الجمهورية بعد وقوعها . وانتهت المحكمة فى قرار التفسير إلى أن عبارة «أيا من الجرائم التى يعاقب عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر» الواردة فى الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأحكام العسكرية ، يقصد بها الجرائم المحددة بنوعها تحديدة مجردا وكذلك الجرائم المعينة بذواتها بعد ارتكابها فعلا[1] .

---

(١) وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٣ مايو سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٥١٥ لسنة ٣٩ قضائية عليا .

الباب الثانى

اليقين القانونى

٣٢ـ فكرة عامة

جاء مبدأ الشرعية الجنائية لكى يحقق هدفين مهمين: أولهما، استئثار المشرع وحده بمسائل الحقوق والحريات. وثانيهما، أن يحيط الناس علما بالتجريم والعقاب وما قد يتهدد حرياتهم قبل إتيان أى فعل يعرضهم لذلك[(١)]، وهو ما يسمى باليقين القانونى الجنائى. وإذا كان الهدف الأول يتحقق بمبدأ انفراد التشريع، فإن الهدف الثانى ـ وهو اليقين القانونى الجنائى ـ يتحقق بأن يعرف المخاطبون بالقانون سلفا ماهية الأوامر والنواهى التى ينص عليها والجزاءات التى قد يتعرضون لها عند مخالفتها، وهو ما يقتضى صفات خاصة فى النصوص الجنائية وفى تفسيرها وفى نطاق تطبيقها.

ولهذا يعد اليقين القانونى الجنائى الركيزة الثانية لمبدأ الشرعية الجنائية. فإذا كانت الركيزة الأولى تتمثل فى انفراد التشريع بالنص على القواعد الجنائية، فإن الركيزة الثانية تتمثل فى اليقين القانونى الجنائى، ذلك أن جوهر الشرعية ليس فى مجرد صدور القواعد الجنائية بإرادة الشعب من خلال التشريع، وإنما أيضا، وبذات الأهمية والدقة، أن يكون المخاطبون بهذه القواعد على وعى وإدراك وإحاطة بهذه القواعد قبل الإقدام على تطبيقها عليهم، وذلك بالنظر إلى ما تنطوى عليه من مساس بالحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات سواء عن طريق التجريم والعقاب أو عن طريق الإجراءات الجنائية.

---

(١) Renée Kolering - Joulin et Jean - François Seuvic; Droits fondamentaux et droit criminel, l'actualité juridique, Juillet - Aôut 1998, p. 108.

٣٣ـ الأمن القانونى أساس لليقين القانونى

تتطلب سيادة القانون التى تسمو فى الدولة القانونية أن يتحقق الاستقرار فى تطبيق القواعد القانونية فيما يتعلق باحترام الحقوق والحريات، فلا معنى لسيادة القانون ما لم يتحقق الشعور بهذا الاستقرار لدى المخاطبين بالقانون باعتبار أن تنظيم العلاقات القانونية من وظائف القانون. فاهتزاز الاستقرار فى العلاقات القانونية يؤدى بالتبعية إلى اهتزاز صورة القانون فى أعين المخاطبين به. ولهذا كان الأمن القانونى Sécurité juridique أحد العناصر الأساسية فى الدولة القانونية(١).

ويقوم هذا الأمن القانونى على عدة عناصر تبدو أهمها فى التوازن بين الحقوق والحريات التى يحميها القانون من خلال معيار التناسب بين مختلف القيم التى يحميها الدستور، وفى ضمان الوضوح فى النصوص الجنائية، وفى عدم رجعية قانون العقوبات. وهنا يتولد الشعور بمصداقية هذه النصوص لدى المخاطبين بها، سواء من خلال وضوح معناها أو من خلال عدم رجعية تطبيقها . فبهذا اليقين تتولد الثقة فى القانون ويعم الاستقرار.

ويهدف الأمن القانونى إلى ضمان الثقة المشروعة Confiance legitime فى القانون كأداة لحماية الحقوق والحريات. وتستمد مشروعية الثقة فى القانون من كونه نابعا من النظام الديمقراطى الذي يكفل ممارسة الشعب لسلطة التشريع من خلال نوابه(٢).

٣٤ـ التوازن بين الأمن القانونى كقيمة دستورية وغيرها من القيم الدستورية

ويفترض الأمن القانونى بطبيعة الحال التزام الدولة بضمان العلم بالقانون لدى المخاطبين به. ولهذا أكد المجلس الدستورى الفرنسى(٣) أن وصول العلم بالقانون

---

(١) انظر أعمال الدائرة المستديرة الدولية الخامسة عشر التى عقدت فى إكس آن بروفانس فى ١٠/ و١١ سبتمبر سنة ١٩٩٩ والتى بحثت موضوع «الدستور والأمن القانونى» انظر بوجه خاص التقرير الفرنسى. Annuaire International de Justice Constitutionnelle, 1999, p. 173.

(٢) انظر التقرير الألمانى، المرجع السابق، ص ٩٦ و٩٧.

(٣) 99-421 DC du 16 Décembre 1999 (Annuaire International de la jurisprusenee constitu-tionnelle, 1999, p 628

لدى المخاطبين به قيمة دستورية فى حد ذاتها تنبع من مبدأ المساواة أمام القانون، فهذه المساواة يمكن أن تقل فاعليتها إذا لم يكفل للمواطنين علم كاف بالقواعد القانونية المطبقة عليهم، ومن ثم فإن هذا العلم يعتبر أمرا ضروريا لممارسة الحقوق والحريات التى يحميها الدستور. وأضاف المجلس الدستورى أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يكمله التزام الدولة بكفالة العلم به، وأن التزام الأفراد بالعلم بالقانون ينبع من الناحية الدستورية من واجب السلطة العامة فى ضمان العلم بالقانون. وعلى هذا النحو، فإن الحقوق والحريات لا تجد حمايتها فقط من خلال مضمون القواعد القانونية وإنما يتعين كذلك أن تجد هذه الحماية من خلال توفير السبل الفعالة للعلم بالقانون. ومن ثم فإن الأمن القانونى يفرض على النظام القانونى أن تتوافر فيه قدرة تلقائية على كفالة العلم بالقانون للمخاطبين. وتطبيقا لذلك فإن المحكمة الدستورية العليا فى مصر اعتبرت عدم نشر خريطة تبين مواقع المكان (حدود المحميات الطبيعية) التى يتوقف عليها تطبيق النصوص العقابية التى تجرم الاعتداء على هذا المكان، مؤديا إلى افتقار هذه النصوص إلى خاصية التعيين والوضوح التى يجب أن تتمتع بها نصوص التجريم(١). ومؤدى هذا الحكم أن تمكين الأفراد من العلم من خلال النشر الكامل شرط لازم للأمن القانونى الذى لا يقوم بغير وضوح القواعد القانونية لدى المخاطبين بها.

ولما كان الدستور هو الذى يكفل حماية الحقوق والحريات فإن تصحيح العوار الدستورى للقواعد التشريعية من خلال الرقابة على دستورية القوانين يسهم فى تحقيق الأمن القانونى الدستورى، دعما لاستقرار العلاقات القانونية فى الإطار الذى يتطلبه الدستور. على أن رجعية الحكم بعدم الدستورية قد يؤثر فى بعض الأحوال فى الأمن القانونى من حيث استقرار العلاقات القانونية التى قامت وفقا للنصوص قبل الحكم بعدم دستوريتها. ولهذا اختلفت نظم الرقابة الدستورية من حيث الأثر الرجعى لأحكامها وارتداده إلى علاقات قانونية استقرت وفقا للنصوص قبل الحكم بعدم دستوريتها. لهذا اتجهت بعض القوانين إلى الاكتفاء بالأثر المباشر لهذه الأحكام (مثاله قانون المحكمة الدستورية النمساوية) بينما اتجهت

---

(١) دستورية عليا فى أول أكتوبر سنة ١٩٩٤ القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ٦ ص ٣٥٨.

بعض القوانين الأخرى إلى تغليب جانب السلامة الدستورية فى النصوص على جانب الأمن القانونى (مثاله قانون المحكمة الدستورية في ألمانيا وإيطاليا ومصر) فقررت الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية. إلا أن ذلك لم يحل دون واجب التوفيق بين القيمة الدستورية التى خالفها التشريع المحكوم بعدم دستوريته والقيمة الدستورية للأمن القانونى، فاتجهت المحكمة الدستورية فى ألمانيا وأسبانيا فى بعض الأحوال إلى الاكتفاء بالأثر المباشر للحكم بإعلان عدم الدستورية دون إبطال النصوص التشريعية بأثر رجعى. وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا فى مصر أن الأثر الرجعى لا يمس المراكز القانونية التى استقرت قبل الحكم بعدم الدستورية (بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة التقادم). وقد أضافت المحكمة الدستورية العليا إلى هاتين الحالتين حالة ثالثة لحماية الأمن القانونى، وذلك عند الحكم بعدم دستورية نص تشريعى بنيت عليه انتخابات مجلس الشعب، فقضت بأن ذلك الحكم لا يؤدى إلى إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذه من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ حكمها بعدم الدستورية ونشره فى الجريدة الرسمية[١].

وقد عنيت المحكمة العليا فى اليابان باعتناق نظرية الأمن القانونى لتفادى إحداث أى اضطراب سياسى يترتب على إبطال بعض النصوص التشريعية، فقضت بعدم دستورية التحديد التشريعى لعدد النواب فى كل دائرة انتخابية، إلا أنها فى ذات الوقت رأت عدم الحكم بإبطال الانتخابات، وعللت ذلك بأن قضاءها بعدم إبطال الانتخابات يهدف إلى تجنب الاضطراب السياسى الذى يستتبعه إبطال الانتخابات[٢].

---

(١) انظر مؤلفنا «الحماية الدستورية للحقوق والحريات»، طبعة ٢٠٠٠، بند ١٢١. وانظر. دستورية عليا فى ٥ مارس سنة ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا، جـ٦ قاعدة رقم ٢٠، ص ٢١، ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٩٦، القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية» وقارن قضاء المحكمة العليا اليابانية إذ رفضت إعمال الأثر الرجعى لحكمها على الانتخابات التى تمت بناء على قانون غير دستورى، ورفضت إبطال الانتخابات مؤكدة أن قضاءها بعدم الدستورية ينصرف إلى المستقبل فقط (سنة ١٩٧٥، ١٩٨٥، ١٩٨٧)

(Annuaire International de la jurispruden ces en, constitutionnelle, 1999, pp. 227, 229)

(٢) انظر قضاء المحكمة العليا اليابانية في ١٤ إبريل سنة ١٩٤٦، ١٧ يولية سنة ١٩٨٥، ١٧ فبراير سنة ١٩٨٧، مشارا إليه فيه: Annuaive International de Justice constitutionnelle, 1999, p. 227-229

الفصل الأول
الصفات الخاصة فى النصوص الجنائية

تتطلب الشرعية الجنائية أن تستوفى نصوص التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية خصائص معينة، بدونها لا يتحقق اليقين القانونى الجنائى. فيجب أن تكون هذه النصوص مكتوبة، واضحة محددة، تتكامل مع سائر النصوص التى تضع القواعد العامة سواء فى مجال التجريم والعقاب، أو فى مجال الإجراءات الجنائية، وفيما يأتى نستعرض هذه الخصائص.

٣٥- (أ) أن تكون النصوص مكتوبة

هذا الشرط مستخلص بداهة من وجوب أن يكون التشريع مصدرا للقواعد الجنائية. وتقتضى فكرة الشرعية الجنائية هذا الشرط لأنها تتطلب أن يكون المخاطبون بالقواعد الجنائية عالمين بها سلفا. هذا فضلا عما يوفره هذا الشرط من استقرار فى المفاهيم لتأكيد علم الناس بالأوامر والنواهى التى تعبر عنها هذه القواعد.

وبناء على ذلك، فلا يصلح العرف ولا العادة مصدرا للتجريم والعقاب. ومع ذلك، فإن قانون العقوبات قد يعتمد فى تحديد النموذج القانونى للجريمة على قواعد غير جنائية، مثل تلك التى ترد فى القانون المدنى بالنسبة إلى عقود الأمانة فى جريمة خيانة الأمانة، والقانون التجارى بالنسبة إلى الشيك والإفلاس فى الجرائم المتعلقة بهما، وبالنسبة إلى العلامات التجارية فى جرائم تقليدها. وقد يتطلب الأمر الرجوع إلى علوم غير قانونية لتحديد المراد بالبضائع محل الغش، بل لتحديد معنى الغش فى حد ذاته. وطبقا للمادة ٢٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية يخضع إثبات المسائل غير الجنائية لحكم القانون الذى ينظمها. وفى هذا الصدد قد تتمثل القواعد القانونية غير الجنائية فى العرف. وهنا يقتصر دور العرف بوصفه قاعدة غير مكتوبة على تحديد المركز القانونى الذى يحميه قانون العقوبات، دون أن يكون

العرف فى ذاته مصدرا للتجريم والعقاب(١). مثال ذلك تحديد المقصود بالعين المؤجرة فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لقانون إيجار المساكن، فقد قضت محكمة النقض بأن العين المؤجرة لا تقتصر على ما ورد ذكره فى العقد بشأنها، وإنما تشمل أيضا ما يكون من ملحقاتها التى لا تكتمل منفعتها المقصودة من الإيجار إلا بها، وأنه إذا لم يوجد اتفاق على تحديد ملحقات العين المؤجرة وجب الرجوع إلى طبيعة الأشياء واتباع العرف دون التقيد فى هذا الخصوص بوسيلة بعينها من وسائل الإثبات(٢).

ومن ناحية أخرى، فإن مبدأ الشرعية الجنائية لا يحول دون الاقتصار على تحديد العقوبة تحديدا كاملا ويحيل فى تحديد بعض جوانب التجريم إلى نصوص أخرى، وفى هذه الحالة يطلق على هذا النص أنه تضمن قاعدة على بياض. مثال ذلك المادة ١٢٨ عقوبات التى عاقبت كل موظف عمومى أو نحوه إذا دخل اعتمادا على وظيفته منزل شخص من آحاد الناس «بدون مراعاة القواعد المقررة فى القانون».

وفى هذا النطاق الذى يتحدد فيه نطاق التجريم على قانون آخر غير قانون العقوبات، فإن القانون الآخر الذى يحيل إليه النص العقابى قد يعتمد على اتفاق معين أو على عرف معين. مثال ذلك أن المجلس الدستورى الفرنسى قضى بأنه إذا كان النص التشريعى قد فرض عقوبة على مخالفة نصوص تشريعية ولائحية تتعلق بقانون العمل، وعلى مخالفة بعض الاستثناءات الواردة فى هذه النصوص والتى تضمنتها اتفاقيات جماعية، فإنه لا يوجد ما يمنع من تحديد الالتزامات التى يفرضها النص التشريعى العقابى فى نصوص أخرى أو تحديدها بالطريق الاتفاقى. مثال ذلك أن المادة ٥٤ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ قد نصت على أنه لا يجوز لصاحب العمل أن يخرج على القيود المشروطة فى الاتفاق أو أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إلا فى حالتى الضرورة والقوة القاهرة، ويعاقب على مخالفة ذلك طبقا للمادة ١٧٠ من هذا القانون. ففى هذا المثال تلعب الالتزامات الاتفاقية دورا مهما فى وقوع الجريمة.

---

(١) انظر مؤلفنا «الوسيط فى قانون العقوبات» القسم العام، الطبعة السادسة، سنة ١٩٩٦ ص ٢٦ وما بعدها.

(٢) نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٧٩، مجموعة الأحكام س ٣٠ ص٦٠٠، ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨١، مجموعة الأحكام س ٣٢ ص ٢١٧٣.

وذهب المجلس الدستورى الفرنسى إلى أن اختلاف مضمون الالتزامات المنبعثة من النص العقابى يتعلق فقط باختلاف الوقائع محل العقاب الجنائى دون التأثير فى وحدة التعريف القانونى للجرائم(١). على أنه يلاحظ فى هذا المثال أن القانون قد سمح للمنظمات العمالية أن تسهم فى وضع قواعد تنطبق على علاقات العمل(٢).

٣٦- (ب) أن تكون النصوص واضحة محددة

يجب على السلطة التشريعية أن تصدر تشريعاتها واضحة محددة بعيدة عن الغموض وعدم التحديد(٣). فالهدف من مبدأ الشرعية هو ضمان إخطار الجمهور بما يعد جريمة وبالعقاب المترتب عليها وبالقيود الواردة على الحرية، وهو ما يستلزم وضوح قصد الشارع. وكل غموض فى النص من شأنه أن يؤدى إلى التحكم القضائى الخطر(٤). وقد عبر المجلس الدستورى الفرنسى عن هذا المبدأ فى قوله بضرورة أن يعرف المشرع الجرائم فى عبارات واضحة ومحددة بطريقة كافية، وذلك لاستبعاد التحكم(٥)، وقضى بأن القانون يجب أن يعرف الأركان المكونة للجريمة فى عبارات واضحة محددة، فإذا عاقب المشرع على جريمة معينة دون تحديد أركانها التى تقوم عليها، فإن النص التشريعى الذى تضمنه القانون فى هذا الشأن يكون غير مطابق للدستور(٦). وبهذا الوضوح يتحقق للفرد الاستقرار القانونى ويتأكد مبدأ المساواة أمام القانون. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن غموض النصوص العقابية يعنى انفلاتها من ضوابطها وتعدد تأويلاتها، فلا تكون الأفعال التى منعها المشرع أو طلبها محددة بصورة يقينية، بل شباكا أو شركا يلقيها المشرع متصيدا باتساعها أو إخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها(٧).

(١) 82-145 Dc du 10 Nov. 1982, R J.C.I-B2

(٢) انظر: Jérôme Tremeau. op. cit., p. 258.

(٣) نقض ٢٢ مارس سنة ١٩٨٤، مجموعة الأحكام س ٣٥ رقم ٧٠ ص ٣٣٠.

(٤) Merle et Vitu, op. cit., no. 176, p. 255.

(٥) 80-127 Dc, 19 et 20 Janvier 1981 (Sécurité et liberté), Receil, p. 91.

(٦) وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان كذلك على أن الجريمة يجب أن تكون محددة بوضوح فى التشريع. انظر تفصيل ذلك مقال: Renée Koering - Joulin et Jen - François Seuvic, Dtoits fondamentaux et droit criminel, op cit., p. 109.

(٧) انظر دستورية عليا فى ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٩ فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٩ فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧.

وقد أكدت المحكمة العليا الأمريكية سنة ١٩٩٩ أن اشتراط الوضوح فى النصوص الجنائية يتطلبه شرط الوسائل القانونية «Due process of law» المنصوص عليه فى التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكى. وتطبيقا لذلك قضت هذه المحكمة بعدم دستورية قرار أصدرته مدينة شيكاجو بشأن قطاع الطرق يهدف إلى منع أعضاء العصابات من السيطرة على بعض شوارع المدينة. وقد قضت المحكمة العليا الأمريكية فى قضائها المذكور بأن تعريف سلوك قطاع الطرق الذى حدد القرار المذكور، يخفى كثيرا من عدم الوضوح، وهو ما اعتبرته المحكمة مخلفة لشرط الوسائل القانونية، وأضافت المحكمة أن غموض النص الجنائى يعطى للشرطة سلطة تقديرية واسعة(١).

وفى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا يشترط فى هذه النصوص ما يأتى:

(١) أن تكون الأفعال المؤثمة محددة بصورة يقينية لا التباس فيها ولا غموض. وفى هذا المعنى قضت المحكمة الدستورية العليا بأن من القواعد المبدئية التى يتطلبها الدستور فى القوانين الجزائية أن تكون درجة اليقين التى تنتظم أحكامها فى أعلى مستوياتها، وأظهر فى هذه القوانين منها فى أى تشريعات أخرى، ذلك أن القوانين الجزائية التى تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثرا، ويتعين بالتالى - ضمانا لهذه الحرية - أن تكون الأفعال التى تؤثمها هذه القوانين **محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها**، وبمراعاة أن تكون دوما جلية واضحة فى بيان الحدود الضيقة لنواهيها. كما أن التجهيل بها أو انبهامها فى بعض جوانبها لا يجعل المخاطبين بها على بينة من حقيقة الأفعال التى يتعين عليهم تجنبها، وهو الحكمة من عدم رجعية نصوص التجريم والعقاب. كذلك فإن غموض مضمون النص العقابى مؤداه أن يحال بين محكمة الموضوع وبين إعمال قاعد منضبطة تعين لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لا خفاء فيه. وهى قواعد لا ترخص فيها وتمثل إطارا لعملها لا يجوز تجاوزه، باعتبار أن الغاية التى يتوخاها الدستور هى أن يوفر لكل مواطن الفرص الكاملة لمباشرة حرياته فى إطار من الضوابط التى قيدها بها. ولازم ذلك أن تكون القيود على الحرية التى تفرضها القوانين الجزائية محددة بصورة يقينية لأنها تدعو المخاطبين بها إلى الامتثال لكى يدفعوا عن حقهم فى الحياة - وكذلك عن حرياتهم - تلك المخاطر التى تعكسها العقوبة.

---

(١) City of chicago V Morales, 119 ct 1849 (1999).

ولقد كان غموض القوانين الجزائية مرتبطا من الناحية التاريخية بإساءة استخدام السلطة، وكان أمرا مقضيا أن يركن المشرع إلى مناهج جديدة فى الصياغة لا تنزلق إلى تلك التعبيرات المرنة أو الغامضة أو المتميعة المحملة بأكثر من معنى، والتى تنداح معها دائرة التجريم بما يوقع محكمة الموضوع فى محاذير واضحة قد تنتهى بها فى مجال تطبيقها للنصوص التقابية إلى ابتداع جرائم لا يكون المشرع قد قصد حقيقة إلى إنشائها، وإلى مجاوزة الحدود التى اعتبرها الدستور مجالا حيويا لمباشرة الحقوق والحريات التى كفلها. وأضافت المحكمة الدستورية العليا أن انتفاء الغموض فى القوانين الجنائية يقع فى نطاق مجموعة القيم التى تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التى لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها[1].

وقالت المحكمة الدستورية العليا فى حكم آخر لها: إن إهمال المشرع فى ضبط النصوص العقابية بما يحدد مقاصده منها بصورة ينحسم بها كل جدل حول حقيقتها، يفقد هذه النصوص وضوحها ويقينها، وهما متطلبان فيها، فلا تقدم للمخاطبين بها إخطارا معقولا بما ينبغى عليهم أن يدعوه أو يأتوه من الأفعال التى نهاهم المشرع عنها أو طلبها منهم[2].

(٢) أن تتضمن النصوص تحديدا جازما لضوابط تطبيقها. وهو ما يتطلب أن تكون ضوابط التجريم والعقاب محددة فى ركنيها المادى والمعنوى، وفى تحديد نوع العقوبة ومدتها. وبصدد تحديد الركن المادى أكدت المحكمة الدستورية العليا على أنه كلما أثم المشرع أفعالا بذواتها حال وقوعها فى مكان معين، فإن تعيين حدود وأوصاف هذا المكان بما ينفى التجهيل بها يكون شرطا أوليا لصون الحرية الفردية

---

(١) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ١٠ ص ١٠٣، دستورية عليا فى ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٣ مارس سنة ١٩٩٤، العدد (٩ تابع)، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧، العدد (٢٩)، وانظر: دستورية عليا فى ١٥ مايو سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٧ يونية سنة ١٩٩٦، العدد (٢٥).

(٢) دستورية عليا فى ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٧ فبراير سنة ١٩٩٦، العدد (٧ مكررا)، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ (العدد ٢٩).

التى أعلى الدستور قدرها، وإن القيود التى تفرضها القوانين الجزائية على تلك الحرية - سواء بطريق مباشر أو غير مباشر - تقتضى أن تصاغ أحكامها بما يقطع كل جدل فى شأن حقيقة محتواها، ليبلغ اليقين بها حدا يعصمها من الجدل، وبما يحول بين رجال السلطة العامة وتطبيقها بصورة انتقائية، وفق معايير شخصية تخالطها الأهواء، وتنال من الأبرياء لافتقارها إلى الأسس الموضوعية اللازمة لضبطها[1].

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا كان إعمال النصوص العقابية التى تضمنها قانون المحميات الطبيعية (القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٢) من خلال ترسيم الدائرة التى تعمل فيها المحميات، وكان قرار رئيس مجلس الوزراء بشأن تعيين حدود المحميات الطبيعية قد أحال إلى خريطة تبين مواقعها، إلا أنها لم تنشر فى الجريدة الرسمية، فإن قرار رئيس مجلس الوزراء يكون مفتقرا إلى خاصية التعيين التى تهيمن على التجريم[2]. وفى صدد تحديد الركن المعنوى قضى المجلس الدستورى الفرنسى بعدم دستورية النص الذى يقرر مسئولية الشخص عن حفظ علامات لها مضمون غير مشروع إذا لم يبذل الحيطة الملائمة، على أساس أن هذا النص لم يحدد عناصر الخطأ الذى من شأنه أن يؤدى إلى المسئولية[3].

وقد أكد المجلس الدستورى الفرنسى أن النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية قد احترم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إذ جاءت ضوابط التجريم واضحة ومحددة فى ركنيها المادى والمعنوى[4].

(٣) أن تحكم معانى النصوص مقاييس صارمة ومعايير محددة تلتئم مع طبيعتها.

---

(١) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣، العدد (٢)، أول أكتوبر سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٩٤ العدد (٤٢).

(٢) دستورية عليا فى أول أكتوبر سنة ١٩٩٤ القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية«دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ٦ ص ٣٥٨.

(٣) Décision no. 2000 Dc du 27 Juillet 2000.

(٤) انظر: Déc 98-408 Dc du 22 Jonver 1999 (Annuaire International de justic constitutionnelle, 1999, p. 624)

ومع ذلك فقد لاحظ البعض أن بعض الجرائم التى نص عليها النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية غير محددة تحديدا دقيقا، مثل الأعمال غير الإنسانية التى تسبب عمدا آلاما جسيمة أو مساسا خطيرا بالكيان العضوى العقلى للإنسان. (انظر: Cciortino-Bayart مشار إليه فى المرجع السابق).

وفى هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا بأن النصوص الجنائية تحكمها مقاييس صارمة ومعايير حادة تتعلق بها وحدها وتلتئم مع طبيعتها، ولا تزاحمها فى تطبيقها ما سواها من القواعد القانونية[1]. وهو ما يعنى وجوب فهم معانى النصوص الجنائية دون الالتجاء إلى القياس الذى إن جاز فى النصوص غير الجنائية إلا أنه محظور فى النصوص الجنائية.

ويتطلب ذلك أن تصاغ النصوص الجنائية فى حدود ضيقة. وفى هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا بأنه لا يجوز أن يكون أمر التجريم فرطا، وهو ما يتحقق فى كل حال يكون فيها النص العقابى محملا بأكثر من معنى مرهقا بأغلال تعدد تأويلاته، مرنا مترامياً على ضوء الصيغة التى أفرغ فيها[2]. وواضح من عبارات المحكمة الدستورية العليا سالفة الذكر أن معيار الوضوح والتحديد فى النصوص الجنائية يتطلب اليقين وعدم الغموض والتحديد الجازم القاطع لضوابط التطبيق، والخضوع لمقاييس صارمة ومعايير محددة. ويشمل هذا المعيار كل ما يتعلق بقواعد التجريم والعقاب وقواعد الإجراءات الجنائية الماسة بالحرية سواء بسواء.

٣٧ـ (جـ) تكامل النصوص الجنائية مع القواعد العامة

تلعب القواعد العامة فى قانونى العقوبات والإجراءات الجنائية دورا مهما فى تحديد الشرعية الجنائية، فلا يقتصر هذا المضمون على ما يرد فى النصوص الجنائية بعيدا عما تحدده القواعد العامة التى تحكم النصوص. فهذه القواعد العامة تعمل على توضيح أو تكملة النصوص التشريعية وإعطائها معناها المتكامل، وضمان التطبيق العام للحقوق والحريات، التى تتضمنها النصوص التشريعية أو الدستورية، سواء صراحة أو ضمنا. وعلى هذا النحو، فإن القواعد العامة تبدو لازمة من حيث ضمان استمرارية وتماسك النظام القانونى الجنائى[3]. وتنال هذه القواعد ذات

---

(١) دستورية عليا فى ٣ أغسطس سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٥ أغسطس سنة ١٩٩٦، العدد (٣٢).

(٢) دستورية عليا فى ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٣ مارس سنة ١٩٩٤، العدد (٩ تابع).

(٣) Mer;e et Vitu; Traité de droit crimınal, T. I, 1997 Paris, no. 193, p. 272 et S.

القيمة القانونية التى تنالها نصوص القانون، ولهذا فإن مخالفتها أو الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها يجعل الحكم معرضا للنقض.

ولعل أهم ما تؤكده القواعد العامة فى قانون العقوبات يبدو فى تحديد أسباب الإباحة، وشخصية المسئولية والعقوبة، وحدود السلطة التقديرية للقاضى إذا ما رأى تخفيف العقوبة، بالإضافة إلى غير ذلك من الأحكام العامة التى يضيفها المشرع فى حدود السلطة التقديرية، سواء من حيث تطبيق القانون من حيث المكان (وذلك بسريانه خارج إقليم الدولة فى حدود معينة) أو من حيث المساهمة الجنائية أو أركان الجريمة.

ومن المؤكد أن ما يرد فى القواعد العامة بشأن أسباب الإباحة ليس قيدا على التجريم، لأن الأصل فى الأفعال الإباحة، ولأن الأصل فى الإنسان البراءة، ولأن الإنسان يملك حقا فى الحرية الشخصية. وما يرد من قواعد التجريم والعقاب إنما يأتى على سبيل الاستثناء الذى تتطلبه الموازنة بين حماية الحقوق والحريات وحماية المصلحة العامة. فإذا نظرنا إلى النظام القانونى كله والذى يرتكز على أن الأصل فى الأفعال الإباحة، نجد أن القواعد المبينة لأسباب الإباحة تنحصر فى تنظيمها ووضع حدود لممارستها لا لإنشائها، فما قواعد التجريم والعقاب إلا استثناء على هذا الأصل العام(1). هذا بخلاف الحال بالنسبة إلى القواعد المقررة لموانع العقاب، فإنها تأتى قيدا على قواعد العقاب، فتعطل تطبيق العقوبة بشروط معينة. وبعبارة أخرى، فإن القواعد المبيحة هى الأصل وقواعد التجريم والعقاب هى الاستثناء، وما القواعد المانعة للعقاب إلا قيد على قواعد العقاب من حيث تحديد نطاق تطبيقها فى حالات معينة، مثال ذلك فى المادتين ٤٨ و٢٩١ من قانون العقوبات.

وبالنسبة إلى قانون الإجراءات الجنائية، فإن قواعده العامة ترتكز كذلك على الحقوق والحريات التى جاءت هذه القواعد قيدا عليها لكى تحقق توازنا بينها وبين المصلحة العامة المتمثلة فى النظام العام الجنائى. وبالإضافة إلى ذلك تأتى القواعد العامة التى يضعها المشرع فى حدود سلطته التقديرية بما يتفق مع طبيعة الخصومة

---

(١) T. Delogu; Les causes de justification, Cours de doctorat, Faculté de droit, Université du Caire, 1955, p. 56-59.

الجنائية . وفى هذا الإطار ، جاءت القواعد العامة المؤكدة على أن الأصل فى المتهم البراءة وعلى كافة ضمانات المحاكمة المنصفة ، ومنها حقوق الدفاع وعلانية المحاكمة ومباشرة الإجراءات فى حضور الخصوم وشفوية المرافعة . وكلها تعتمد على مجموعة من الركائز تمثل الحقوق والحريات ، لكى تضمن حمايتها فى مقام إجراء التوازن بينها وبين متطلبات المصلحة العامة . وقد أدت محكمة النقض دورا مهما فى استخلاص هذه القواعد العامة ، وتجلى ذلك بوجه خاص فى استخلاص نظرية البطلان الذاتى فى ظل قانون تحقيق الجنايات الذى خلا من تحديد أحوال البطلان[١] ، وفى تحديد المقصود بالشكل أو الإجراء الجوهرى . وفى ضوء هذه القواعد العامة أمكن استخلاص حكم القانون فى كثير من المسائل ، ولعل من أهمها مبدأ «الشك يفسر لمصلحة المتهم» كنتيجة للأصل فى المتهم البراءة ، وتحديد أثر استعمال الوسائل العلمية الحديثة فى الاستجواب ، ففى ضوء القواعد العامة للإجراءات الجنائية بشأن طبيعة الاستجواب وكونه وسيلة من وسائل الدفاع بالإضافة إلى اعتباره إجراء من إجراءات التحقيق ، قلنا إنه لا قيمة للحقيقة التى يتم الوصول إليها على مذابح الحرية ؛ لأن الشرعية التى يقوم عليها نظام الدولة تتطلب حماية الحرية فى مواجهة السلطة ، مما يتطلب أن يكون الاستجواب طريقا نزيها لمعرفة الحقيقة[٢] .

وترتد معظم القواعد العامة فى الإجراءات الجنائية إلى الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، إذ تلقى هذه الحماية بأضواء كثيفة على الضمانات التى يجب أن تهيمن على ممارسة الإجراءات الجنائية ، لكى تعد إطارا عاما لها ، يحكمها ويضبطها[٣] .

---

(١) انظر مؤلفنا «الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية» ، الطبعة السابعة سنة ١٩٩٣ ، ص ٢٨٤ وما بعدها . وانظر رسالتنا للدكتوراه «نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية» ، سنة ١٩٥٩ .

(٢) انظر مؤلفنا «الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية» ، مرجع سابق ، ص ٥١٨ وما بعدها . وقد قلنا فى هذا المرجع إنه إذا صح الالتجاء إلى الوسائل العلمية لأغراض علاجية ، فلا يجوز استعمالها للكشف عن الحقيقة فى الخصومة الجنائية ، فإن الضمير يأباها لأنها تعامل الإنسان وكأنه محل تجربة فى معمل ، وتحيى معنى التعذيب بما تحققه من سلب شعور الإنسان وتحطيم إرادته الواعية .

(٣) انظر مؤلفنا «الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية» طبعة ١٩٩٥ .

الفصل الثانى

التفسير الدقيق للنصوص الجنائية

٣٨ـ القاعدة

يتقيد القاضى الجنائى بتفسير القواعد الجنائية، وهى التى يتضمنها كل من قانونى العقوبات والإجراءات الجنائية، لتحديد حقيقة محتواها تعبيرا عن إرادة المشرع فى تحقيق فاعلية العدالة الجنائية أو ضمان الحقوق والحريات، ملتزما فى ذلك بمبدأ الشرعية الجنائية.

وقد توهم البعض بصدد البحث فى قاعدة مبدأ الشرعية الجنائية، بأن القاضى الجنائى يلتزم باتباع منهج معين فى التفسير يطلق عليه التفسير الضيق أو الحرفى. وأنصار هذا الاتجاه هم الذين أنكروا على القاضى الجنائى سلطة التفسير ودعوا إلى إسنادها إلى السلطة التشريعية، حتى لا يتحول القضاة إلى مشرعين[1]. ولكن مبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية لا يؤدى إلى رفع واجب تفسير القانون عن عاتق القضاة لأن التفسير الصحيح يجب ألا يوسع أو يضيق من النطاق السليم للقانون، ولا يجوز أن ينشئ معنى يخرج عن إرادة القانون.

وإذا كان التجريم والعقاب يستند إلى القانون، فإنه من غير المفهوم، الحديث عن التفسير الضيق أو الحرفى للقانون. فالقاضى عندما يفسر القانون لا يعطى رأيه الشخصى، ولكنه يبحث عن المعنى الحقيقى للقانون، وعن قيمته الموضوعية كما أرادها المشرع. هذا إلى أن منهج التفسير الحرفى أو الضيق يجد تبريره الوحيد فى العصر الذى نشأ فيه، حيث ظهرت المدرسة الكلاسيكية بزعامة بيكاريا كرد فعل ضد تحكم النظام القديم والسلطة التحكمية للقضاة. ولكن المبدأ فى حد ذاته تنقصه الموضوعية، ذلك أن التفسير الضيق أو الحرفى يفترض الدقة من جانب المشرع فى

(١) BECCRIA, Traité des délists et des peines 1966, p. 68 et s.

التعبير عن إرادته وهى أمر غير موجود سواء من حيث الشكل أو الموضوع . فالقانون قد ينطوى على عدم دقة فى الصياغة وكثيرا ما تشوبه بعض المتناقضات الظاهرية، ولا يمكن أن نطالب القاضى بأن يكون بوقا يردد هذه الأخطاء، فعليه أن يبحث عن إرادة واضع القانون من خلال كافة العبارات والصيغ المستعملة فى نصوصه المتكاملة للتعبير عن هذه الإرادة[1]. ومتى كانت عبارة القانون واضحة لا لبس فيها، فإنها يجب أن تعد تعبيرا عن إرادة الشارع[2]. ومن ناحية أخرى، فإن إرادة المشرع التى ضمنها النص ليست مبدأ جامداً محكوما بالوقائع الاجتماعية المتوافرة وقت وضع النص، بل هى إرادة متطورة بتطور هذه الوقائع الاجتماعية طالما أنها تراعى المصلحة الاجتماعية المحمية بالنص، ذلك أن هذه المصلحة تبلور إرادة المشرع وتحدد تبعا لها نطاق تطبيق نصوصه، ولم يصنع القانون من أجل اليوم فقط، بل إنه صنع من أجل المستقبل. وإرادة القانون بهذا المعنى تترك للتفسير مهمة تحديد معنى النصوص القانونية المجردة فى ضوء التحولات والتغيرات الاجتماعية. ولا يجوز المبالغة فى ذلك خشية افتراض القاضى لإرادة القانون لأنه يجب أن يلتزم دائما بالإرادة الحقيقية أو المفترضة افتراضا منطقيا فى ضوء الوقائع الاجتماعية الجديدة، ومع احترامه للصيغة التى استعملها القانون للتعبير عن هذه الإرادة تحقيقا للاستقرار القانونى. وكل انحراف من جانب القاضى عن هذا سوف يعتبر خطأ فى تأويل القانون تصححه محكمة النقض.

وإذا طبقنا هذا المنهج لوجدنا أنه يقدم لنا الحلول الصحيحة بوجه خاص عندما يعبر القانون عن فكرة متحركة متطورة بحسب طبيعتها مثل النظام العام أو الآداب العامة. وكذلك الشأن لمواجهة الاختراعات العلمية التى تصلح محلا أو أداة للجريمة، مثل الطاقة الكهربائية كمحل للسرقة، والراديو والتليفزيون كوسيلة للعلانية فى جرائم النشر.

وغنى عن البيان، فإن هذا المنهج فى تفسيره لا يترتب عليه مطلقا تجاوز المعنى الواضح فى النص، ذلك أن المنهج السليم للتفسير هو فى معرفة إرادة المشرع من خلال الصيغة التى عبر فيها عن هذه الإرادة. هذا مع ملاحظة أن الوضوح المطلوب لا ينصرف فقط إلى عبارة النص، وإنما يتعلق أيضا بالمعنى والفكرة التى تنبثق عن

---

(١) Merle et Vitu, Traité. Tome, 1, p. 215.

(٢) نقض جنائى فى ٢٣ يونية سنة ١٩٧٥ الطعن رقم ٨٠٥ لسنة ٤٥ قضائية.

النص، فلا يجوز الاعتماد على مجرد الوضوح اللغوى الذى قد لا يتفق مع الفكر الحقيقى للقانون، كما يبدو من مجموع نصوصه، وتاريخه، وأعماله التحضيرية[1]، وتطوره الاجتماعى والعلمى والفلسفى. فإطار القانون لا يتحدد بشكل جامد، وذلك باعتبار أنه قد صنع من أجل المستقبل.

ويلتزم القاضى الجنائى باحترام قواعد الدستور فى أثناء تفسيره للقواعد الجنائية، حتى يكون تفسيره مطابقا للدستور. ولا يقتصر الأمر على مجرد تحقيق هذه المطابقة، بل يتجاوزه إلى تحقيق مصداقية التفسير التى تعبر عن إرادة المشرع الواعية المتطورة. فالحقوق والحريات تتلقى مظلة حمايتها من الدستور ذاته، وما التشريع إلا منظم لهذه الحماية. ولهذا فإنه على الرغم من الأخذ بالرقابة السابقة فى فرنسا، فإنه من المقرر أن القاضى حين يطبق النصوص التشريعية يجب عليه تفسيرها وفقا للمعنى المطابق للدستور طالما أن نصوص التشريع تتسع لذلك. فإذا خلا نص تشريعى من ذكر ضمان أورده الدستور، فلا يفسر هذا الخلو بعيدا عن النص الدستورى، بل يجب تطبيق نصوص الدستور مباشرة لتوفير هذا الضمان[2].

٣٩ـ تفسير المحكمة الدستورية العليا للتشريع

نصت المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن «تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور، وذلك إذا أثارت خلافا فى التطبيق، وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها». ويلاحظ أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعى لا يغل اختصاص السلطة التشريعية فى إقرار قوانين التفسير. والفارق بين اختصاص المحكمة الدستورية العليا واختصاص السلطة التشريعية بالتفسير، أن الاختصاص القضائى الدستورى بالتفسير مشروط بشرطين: هما أن تكون للنص التشريعى المراد تفسيره أهمية

---

(١) وغنى عن البيان أن الأعمال التحضيرية لا يمكن أن تغير من المعنى الواضح والمحدد فى النص. (انظر نقض جنائى فى ١٩ مايو سنة ١٩٤١ الطعن رقم ٦٩٧ لسنة ١١ قضائية).
Crim, 29 déc. 1900, siry, 1901-1-180.

(٢) Louis Favoreu; La Constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale; Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honnour d'André Vitu, Edition cujas, 1989, p. 201.

جوهرية - لا ثانوية أو عرضية - تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التى ينظمها ، ووزن المصالح المرتبطة بها ، وأن يكون هذا النص - فوق أهميته - قد أثار عند تطبيقه خلافا حول مضمونه ، تتباين معه الآثار القانونية التى يرتبها فيما بين المخاطبين بأحكامه بما يخل عملا بعمومية القاعدة القانونية الصادرة فى شأنهم ، والمتماثلة مراكزهم القانونية بالنسبة إليها ، ويهدر بالتالى المساواة بينهم فى مجال تطبيقها[1] . أما الاختصاص التشريعى بالتفسير فهو غير مشروط ، والأمر متروك لتقدير السلطة التشريعية نظرا إلى الحاجة فى إجلاء ما قد يكتنف النص من غموض يعرض للاختلاف فى التطبيق مما يمس بمبدأ المساواة أمام القانون .

وتفسير إرادة المشرع لا ينشئ حكما جديدا ، بل يعد القانون التفسيرى ، وكذلك قرار المحكمة الدستورية العليا بالتفسير ، مندمجا فى النص موضوعه وجزءا منه لا يتجزأ ، وساريا بالتالى منذ نفاذه ، ومن ثم يعد النص محل التفسير وكأنه صدر ابتداء بالمعنى الذى تضمنه قانون أو قرار التفسير ، وليس ذلك إجراء لأثر رجعى لهذا القانون أو القرار ، بل هى إرادة المشرع التى حمل النص القانونى عليها منذ صدوره بعد تجليه دلالته[2] .

ومن ناحية أخرى فإن دراسة منهج الرقابة على دستورية القوانين تكشف عن أن المحكمة الدستورية العليا قد تلجأ إلى تفسير النص التشريعى المطعون فيه بمناسبة فصلها فى دستورية نصوص قانونية على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته[3] أو فى مجال الحكم بعدم الدستورية . كما قد تلجأ إلى التفسير فى أثناء مباشرة ولايتها فى مجال الفصل فى دعاوى التنازع[4] . وإذا كان هذا التفسير فى الحالتين المتقدمتين

---

(١) دستورية عليا فى ٣٠ يناير فى سنة ١٩٩٣ فى طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «تفسير» .

(٢) القرار التفسيرى للمحكمة الدستورية العليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ السالف الإشارة إليه ، ٣ يوليو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ١ لسنة ١٧ قضائية «تفسير» ، ٢١ أكتوبر سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية «تفسير» ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ ٧ القسم الثالث ، طلبات التفسير ، قاعدة رقم ١ و٢ ص ٨٠٣ وما بعدها وص ٨٢١ وما بعدها ؛ دستورية عليا فى ١٤ يونية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» ، المجموعة السابقة جـ ٨ قاعدة رقم ٤٥ ص ٦٨٤ .

(٣) الدستورية العليا فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية (دستورية) ، الجريدة الرسمية ، العدد ٣٥ فى ١/ ٩/ ١٩٩٤ .

(٤) دستورية عليا فى ١٤ يونية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» ، المجموعة السابقة جـ ٨ قاعدة رقم ٤٥ ص ٦٨٤ .

هو دعامة الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا وكان القول به فى مجال الفصل فى مسألة دستورية فإنه ينال الحجية المطلقة والكاملة التى أسبغها قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها[١] .

٤٠ـ الشك فى معرفة إرادة المشرع

من المقرر قانونا أن الشك يفسر لمصلحة المتهم عندما يرد على أدلة إثبات التهمة . وهى قاعدة من قواعد الإثبات تتفرع عن الأصل فى التهم البراءة ، إلا أنه يدق البحث عند الشك فى تحديد معنى القانون ، وهو ما يتولد عند الشك فى تحديد إرادة المشرع ، فالقاضى مكلف باستخلاص معنى القانون وتحديد نطاقه ، ولا يجوز له أن يوقف الدعوى انتظاراً لرأى خبير فى نقطة قانونية ، كما لا يجوز له الامتناع عن القضاء بحجة أن القانون من الصعب التوصل إلى معناه . فإن الفرض فى القانون أنه يستهدف معنى معينا ، فالمشرع لا ينطق باللغو . ومن ناحية أخرى لا يقبل الاعتذار بالجهل بالقانون ، فكل شخص يفترض فيه العلم بالقانون : بمعناه ، بإرادته ، بنطاق تطبيقه ، ولا يقبل من جانبه الدفع بالشك فى تحديد معنى القانون أو إرادته . إذن ، فإن واجب الفرد هو العلم بالقانون ، ووظيفة القاضى هى تطبيق القانون ، وكلا الاثنين لا يجيز الادعاء بوجود شك فى تحديد معنى القانون . فهذا الشك معناه عدم الاستقرار على معرفة إرادة القانون ، وهذه الإرادة أمر يجب السعى نحو الإحاطة بها وعدم الخلاف فى تحديدها ، لأنه لا وجود للقانون دون إرادة . والقانون إما أن يكون أو لا يكون ، هذا بخلاف أدلة الإثبات فإن تقديرها أمر موضوعى يتوقف على الاقتناع الشخصى . ومن المتصور حصول شك فى تقدير قيمة الأدلة ، فماذا يكون الحل عندئذ؟ إنه لابد من الرجوع إلى الأصل العام وهو براءة المتهم حتى تثبت إدانته . هذا بخلاف الحال عند الشك فى تحديد إرادة القانون ، فإن ذلك الشك لا يستقيم مع واجب القاضى فى تفسير القانون من أجل تطبيقه . ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الامتناع عن تطبيق القانون على المتهم بحجة أنه غامض لا يصلح أن يكون عذراً[٢] ، وأنه لا يجوز تبرئة المتهم بناء على أن مجرد الشك فى

---

(٤) الدستورية العليا فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٤ سالف البيان .

(٢) Crim, 28 Juin 1912, Bull, No 355.

تحديد معنى القانون يفسر لمصلحة المتهم(٢) . وطالما كان فى استطاعة القاضى تحديد معنى القانون ، وجب عليه الوصول إلى هذه الإرادة دون تغليب معنى على آخر ، بناء على أن أحد المعنيين هو فى صالح المتهم ؛ لأن الهدف الذى يتوخاه دائما هو فى تحديد إرادة القانون أيا كان اتجاهها سواء كان فى صالح المتهم أو فى غير صالحه . ومع ذلك ، فإن النص القانونى قد يكون بالغ الغموض وينقصه التحديد مما يجعل مهمة القاضى فى التفسير مستحيلة . ففى هذه الحالة لا نكون بصدد مجرد شك فى تحديد إرادة القانون ، وإنما نكون حيال تعذر كامل فى تحديد هذه الإرادة . وأمام غموض النص وعدم تحديده لا يمكن نسب الجريمة إلى المتهم أو الحكم عليه بعقوبة ما ، لأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . وهذا المبدأ يفترض الوضوح والتحديد فى النص حتى يكون مصدرا للتجريم والعقاب . ويسرى ذات المبدأ إذا كان النص متعلقا بإجراء ماس بالحرية ، فإن عدم تحديد إرادة المشرع حول المساس بالحرية يتطلب إهدار إرادة هذا المساس . تأكيدا للأصل العام فى الإنسان وهو البراءة .

ومع ذلك ، فإن مجرد الشك فى تفسير قانون العقوبات يفسر لمصلحة المتهم(١) ، بعد أن يعجز القاضى عن تحديد معناه . وإذا كان النص غامضًا يفتقر إلى التحديد أصبح غير صالح للتجريم والعقاب وغير صالح للمساس بالحرية الشخصية فى الإجراء الجنائى ، مما يتعين معه إهمال النص والعودة للقواعد العامة . فإذا تعذر تحديد أحد نصوص التجريم تعين تبرئة المتهم باعتبار أن الأصل فى الأفعال الإباحة ، وإذا أصاب التعذر نصا يتعلق بأحد الظروف المشددة تعين إهدار هذا الظرف .

وكذلك الشأن بالنسبة إلى قواعد الإجراءات الجنائية ، فإذا تعلق الغموض بقيد إجرائى ضد المتهم تعين إسقاطه وعدم اشتراطه . أما إذا تعلق الغموض بضمان إجرائى لصالح المتهم ، فإنه لا يؤثر فى مبدأ توافر الحرية التى يحميها هذا الضمان ، لأن الأصل هو تمتع الفرد بالحرية ، وبراءة المتهم ويتعين على القاضى أن يفسر إرادة المشرع فى الجانب الذى يتفق مع هذا الأصل العام .

---

(٢) Crim, 28 janvier 1936.

(١) نقض جنائى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٧٢ ، الطعن رقم ١٥١ لسنة ٤٢ قضائية .

٤١ـ مدى سلطة القاضى الجنائى فى الالتجاء إلى القياس

القياس هو وسيلة عملية تهدف إلى استكمال ما يشوب القانون من نقص عن طريق إيجاد الحل لمسألة لم ينظمها القانون وذلك عن طريق استعارة الحل الذى قرره القانون لمسألة مماثلة لها. وعلى هذا النحو فإن القياس ليس وسيلة لاستخلاص إرادة القانون فى إطار الصيغة التى استعملها، بل إنه يفترض أن القانون لم ينظم المسألة محل البحث ولم يقدم لها مباشرة الحل الواجب التطبيق.

ومن المقرر أن التوازن بين الحقوق والحريات فيما بينها، أو بينها وبين المصلحة العامة يتطلب وضع حدود لممارسة الحقوق والحريات، وإعطاء حدود لممارسة الحقوق والحريات، وإعطاء المشرع سلطة التجريم والعقاب. ولاشك فى أن هذه السلطة تأتى قيدا على الحقوق والحريات تقتضيه الضرورة الديمقراطية. وهذا القيد بطبيعة الحال لا يجوز التوسع فى تفسيره، لأنه استثناء على أصل عام، والاستثناء لا يقاس عليه.

من أجل هذا، فإنه طبقا لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات تقتصر مهمة التجريم وتقرير العقاب على القانون وحده، ولا يملك القاضى أى سلطة فى هذا الشأن ولو كان عن طريق سد ثغرة فى القانون بواسطة القياس[1]. لقد اقتضت حماية الحرية الفردية أن يكون التجريم والعقاب بيد المشرع وحده، وأن يقتصر دور القاضى على مجرد التفسير كخطوة نحو التطبيق السليم للقانون.

على أن قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات لا تتعارض إلا مع استعمال القياس من أجل خلق جريمة جديدة أو عقوبة جديدة أو ظرف مشدد جديد. ولكنه لا يتعارض مطلقا بالنسبة إلى تطبيق النصوص لصالح المتهم كالتى تقرر أسباب الإباحة أو موانع المسئولية أو موانع العقاب أو الأعذار القانونية المخففة.

ففى هذه الحالات لا يؤدى القياس إلى الافتئات على سلطة المشرع وحده فى التجريم وفرض العقاب، بل إن هذا القياس هو استصحاب على الأصل العام فى الأفعال وهو الإباحة. والقياس فى هذا المجال هو تأكيد لهذا الأصل العام ومن ثم فإنه جائز قانونا.

---

(١) COLMAR, 6 Décembre 1975, D., 1958, p.357; Rennes, 25 Février 1957, D., 1957, p. 338, Crim. 25 Juin 1958, p. 293.

وقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على إجازة القياس لصالح المتهم. من أمثلة ذلك أنه قاس على السرقة بين الأصول والفروع والأزواج التى لا تؤدى إلى غير التعويض المدنى (المادة ٣٨٠ عقوبات)، جرائم النصب[١]. وخيانة الأمانة[٢]. كما استخلص القضاء الفرنسى أن حالة الضرورة تعد من أسباب الإباحة رغم عدم وجود نص خاص بهذا المعنى[٣]، نص عليها قانون العقوبات الفرنسى الجديد المادة ١٢٢ـ٧. وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية كذلك على إجازة القياس لصالح المتهم[٤].

ومن ناحية أخرى، فيجوز القياس فى قانون الإجراءات الجنائية بالنسبة إلى القواعد التى تكفل الحرية الفردية، استصحابا على أن الأصل فى الفرد هو التمتع بالحرية، لأن الأصل فى المتهم البراءة، وهو ما يقتضى تأكيد كافة ضمانات حريته الفردية. هذا بخلاف القواعد الإجرائية الماسة بالحرية، فقد وردت على سبيل الاستثناء. وقد توهم البعض أن تقيد القاضى الجنائى بقاعدة الشرعية يلزمه باتباع منهج معين فى التفسير الضيق أو الحرفى. وأنصار هذا الاتجاه هم الذين أنكروا على القاضى الجنائى سلطة التفسير ودعوا إلى إسنادها إلى السلطة التشريعية، حتى لا يتحول القضاة إلى مشرعين[٥]. ولكن مبدأ الفصل بين السلطتين القضائية

---

(١) هذا ما لم ينص المشرع صراحة على ذلك مثل القانون السوفيتى ١٩٢٦ (الملغى بالقانون الصادر فى ٢٥ ديسمبر ١٩٦٨) والقانون الألمانى الصادر فى ٢٨ يونيو ١٩٣٥ (والملغى بالقانون الصادر فى ٣٠ يناير ١٩٤٦)، وقانون العقوبات الدانمركى الصادر ١٩٣٠ (المادة الأولى).

(٢) Trib. corr. seine,27 décembre 1946, G.P. 12.

(٣) Cass. 27 Octobre 1916, Bull., p. 225.

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية القياس بالنسبة إلى خيانة الأمانة فى الأوراق الموقعة على بياض.
(Cass. 19 Novembre 1948, J.C.P. No. 4740).

(٤) انظر القياس على حالات الدفاع الشرعى نقض أول فبراير فى عام ١٩٣٧ مجموعة قواعد جـ ٤ رقم ٤٠ ص ٣٦، وموانع العقاب نقض ٢٧ يونية فى عام ١٩٣٧، مجموعة القواعد جـ ٢ رقم ٢٦٢ ص ٥٩٦، ١٩ فبراير ١٩٣٤ جـ ٣ رقم ٢٠٩ ص ٢٧٢، ١٥ ديسمبر ١٩٤١ مجموعة القواعد جـ ٥ رقم ٣٢٢ ص ٥٩٧.

(٥) BECCARIA, Traité des délits et des peines,1966, p. 68 et s.

(طبعة فرنسية جديدة مع مقدمة للأستاذين مارك آنسل وستيفانى) ويرى البعض أن تفسير قانون العقوبات يجب أن يكون حرفيا، لأن النص يجب أن يكون واضحا مفهوما للمخاطبين بالقانون، فهم الذين يقع عليهم الالتزام بمعرفة القانون، وهؤلاء ليسوا ملتزمين بدراسته كفقهاء ولا بمقارنة نصوصه المختلفة، ولا بالبحث فى عناء عن روح القانون للتوصل إلى معرفة القاعدة التى تحكم نشاطهم. =

والتشريعية لا يمكن مطلقا أن ينزع من القضاة رخصة تفسير القانون، لأن التفسير الصحيح يجب ألا يوسع أو يضيق من النطاق السليم للقانون، ولا يجوز أن ينشئ معنى يخرج عن إرادة القانون، وإذا كان التجريم والعقاب يستند إلى القانون، وكان منهج التفسير المتبع لا يخرج عن نطاق هذا القانون. فإنه من غير المفهوم، الحديث عن التفسير الضيق أو الحرفى للقانون. فالقاضى عندما يفسر القانون لا يعطى رأيه الشخصى، ولكنه يبحث عن المعنى الحقيقى للقانون، عن قيمته الموضوعية كما أرادها المشرع. هذا إلى أن منهج التفسير الحرفى أو الضيق يجد تبريره الوحيد فى العصر الذى نشأ فيه حين ظهرت المدرسة الكلاسيكية بزعامة بيكاريا كرد فعل ضد تحكم النظام القديم والسلطة التحكمية للقضاة. ولكن المبدأ فى حد ذاته تنقصه الموضوعية، ذلك أن التفسير الضيق أو الحرفى يفترض الاتفاق من جانب المشرع فى التعبير عن إرادته لكشف الحقيقة وتقرير حق الدولة فى العقاب. ونظرا لتعلق هذا الحق بالحرية الشخصية فلا يجوز تنظيمها إلا بقانون، ومن ثم فإن القياس عليها غير جائز[1]. وتطبيقا لذلك حكم فى فرنسا بأن النص على التزام الخبير بحلف اليمين قبل مباشرة مهمته عند انتدابه فى أحوال التلبس، يمكن القياس عليه بالنسبة إلى جميع الخبراء[2]، وأن النص على عدم تحليف اليمين بالنسبة إلى الشاهد الذى لم يبلغ الخامسة عشر فى التحقيق الابتدائى يسرى من قبيل القياس على التحقيق أمام

= (FAUSTIN Helle, Interpretatıon de la loi pénale, Rev. critique 1854, p.108).

وهذا الاعتراض يصدق عندما يؤدى تفسير القانون إلى التوسيع من نطاقه خارج حدوده الصحيحة، وهو أمر غير جائز. هذا فضلا عن أنه من المسلم به طبقا لقاعدة الشرعية أن نصوص القانون يجب أن تتسم بالوضوح. وكل نص غامض يصعب فهمه لدى المخاطبين بالقانون يعتبر غير شرعى.

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية، ١٩٧٠ ص ٨.

انظر فى هذا المعنى:

Léauté, les principes généraux relatifs aux droits de défense, Rev. Sc. crim. 1953, p.50.
Merle et Vitu, 1073, Tome 1, p 219.

ومع ذلك انظر حكم المحكمة العليا الليبية فى ٧ مارس فى عام ١٩٥٦ الذى قضى بسقوط الطعن المرفوع من المتهم الذى يهرب من السجن بعد بدء التنفيذ عليه وقبل أن تفصل المحكمة فى طلبه وذلك قياسا على (المادة ٣٩٥) إجراءات ليبى التى نصت على سقوط الطعن المرفوع من المتهم المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل يوم الجلسة (هذا الحكم مشار إليه فى كتاب الدكتور عوض محمد عن الأحكام العامة فى قانون الإجراءات الجنائية الليبى، الجزء الأول، الإسكندرية ١٩٦٨ ص ٢٥).

(٢) Meıle et Vitu, 1973, tomel, p. 21 a.

المحكمة[1] . وقد حكم بإبطال الاعتراف الذى حصل عليه البوليس بطريق التليفون قياسا على المبادئ العامة لحقوق الدفاع . وقضت محكمة النقض المصرية بقياس جريمتى النصب وخيانة الأمانة على السرقة بالنسبة إلى تعليق رفع الدعوى الجنائية على تقديم شكوى من المجنى عليه فى جريمة السرقة التى تقع بين الأصل والفروع والأزواج ، وذلك طبقا للمادة ٣١٢ عقوبات[2] .

---

(١) Chambres reunies, 3 Décembre 1812, 16 Juillet 1835, le Octobre 1857.

(٢) نقض ١٠ نوفمبر فى عام ١٩٥٨ مجموعة الأحكام س ٩ رقم ٢١٩ ص ٨٩١ .

الفصل الثالث
نطاق تطبيق قانون العقوبات

المبحث الأول
عدم رجعية قانون العقوبات

٤٢ـ فكرة عامة

يعد مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات من المبادئ المسلم بها فى الدول الديمقراطية. ولكنه لم يتقرر إلا تدريجا على مدى تاريخ الحضارة الإنسانية. فقد جهله القانون الرومانى، وبدا بصورة مترددة فى العصور الوسطى(١)، وعرفته الشريعة الإسلامية إذ جاء فى القرآن الكريم: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾، وقد أشارت هذه الآية الكريمة إلى عدم رجعية التجريم والعقاب. ومع ذلك فقد لاذ رجال القانون الجنائى فى القرنين السابع عشر والثامن عشر بالصمت تجاه هذا المبدأ، حتى اندلعت الثورة الفرنسية، فكان من مبادئ إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عنها فى ٢٧ من أغسطس عام ١٧٨٩ (المادة ٨)، وأصبح من مبادئ الإعلان العالمى لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ (المادة ١١)، ونصت عليه الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (المادة ٧)، وتضمنه العهد الدولى المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية (المادة ١٥)، وتأكد هذا المبدأ فى مختلف دول العالم(٢)، ويمثل هذا المبدأ فى مصر قيمة دستورية، إذ نص عليه

---

(١) ظهر ذلك فى القانون الكنسى وبعض كتابات المعلقين الإيطاليين على النصوص الرومانية.

(٢) انظر:

Le principe de non - rétroactivité des lois, VII Table Ronde internationale du 11 Juillet 1990 (Aix - en provence), Annuaire International de Justice constitutionnelle, Paris, Economica, 1990, p. 321-448.

الدستور المصرى الصادر فى عام ١٩٧١ فى المادة ٦٦[(١)]، وأكدت على نطاقه المحكمة الدستورية العليا.

وقد لوحظ مع ذلك أن التاريخ الحديث قد عرف بعض الانتهاكات لمبدأ عدم الرجعية، فبالإضافة إلى النظم الشمولية التى انتهكت مبدأ الشرعية الجنائية من حيث الأصل، فقد عرف هذا المبدأ فى فرنسا فى القانون الصادر فى ١٤ من نوفمبر عام ١٩١٨ بشأن المعاقبة على الخيانة العظمى والجاسوسية بمصادرة المبالغ التى تلقاها مرتكبو هذه الجرائم منذ أغسطس عام ١٩١٤. وعرف فى الحرب العالمية الثانية فى القانون الصادر فى ٣٠ من يوليو عام ١٩٤٠ بإنشاء محكمة عدل عليا، وفى القانون الصادر فى ١٤ من أغسطس عام ١٩٤١ بإنشاء دوائر خاصة بمحاكم الاستئناف لمرتكبى جرائم العصيان والشيوعيين، وفى القانون الصادر فى ٧ من سبتمبر عام ١٩٤١ بإنشاء محكمة الدولة، وفى القرارات الصادرة فى ٢٦ من أغسطس و٢٦ من ديسمبر عام ١٩٤٤ بتجريم المروق عن الوطنية بالحرمان من الحقوق الوطنية، وينطبق على من اشتركوا مع العدو فى الفترة ما بين ١٦ من يونيو ١٩٤٤ إلى حين تحرير الأراضى[(٢)].

كما نصت على رجعية النظام الأساسى لمحكمة نورمبرج لمجرمى الحرب العالمية الثانية والتى أنشئت بمقتضى اتفاقية لندن فى ٨ من أغسطس عام ١٩٤٥، فقد نصت المادة ٦/ جـ منه على جواز محاكمة المجرمين عن الجرائم ضد الإنسانية التى ارتكبوها ولو لم تكن معاقبا عليها فى القوانين الداخلية للبلاد التى ارتكبوا جرائم على إقليمها. وبهذا المعنى ذاته قضى النظام الأساسى للمحكمة الدولية الجنائية التى أنشأتها الأمم المتحدة فى عام ١٩٩٣ لمحاكمة مجرمى الحرب فى يوغوسلافيا السابقة، وذلك عن الجرائم التى وقعت منذ أول يناير عام ١٩٩١. ويلاحظ أن هذه الاستثناءات ترتبط إما بالمحاكمات السياسية، وخاصة عن جرائم التعاون مع

---

(١) نص دستور ١٩٢٣ على هذا المبدأ فى مادته السادسة، وكذلك دستور ١٩٣٠. وقد خلا الإعلان الدستورى الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ عقب قيام ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ من نص يحظر على مجلس الوزراء الذى عهد إليه بممارسة السلطة التشريعية رخصة إصدار القوانين الجنائية بأثر رجعى، إلا أن المحكمة العليا أكدت على التزام مجلس الوزراء بهذا المبدأ بوصفه من الأصول الدستورية العامة (٧ يونية سنة ١٩٧٥، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا، القسم الأول، الجزء الأول، القاعدة رقم ٢٩ ص ٣١٤). وجاء دستور ١٩٥٦ فأكد على هذا المبدأ (المادة ٣٢) ومن بعده الدستور المؤقت سنة ١٩٥٨ (المادة ٧) ثم دستور سنة ١٩٦٤ (المادة ٥٢).

(٢) Merle et Vitu., T. I, op. cit., no. 252, p. 342, 343.

الأعداء، وإما بالمحاكمات ذات الطبيعة الدولية عن بعض الجرائم الدولية معبرة بذلك عن الإرادة السياسية للدول الموقعة على اتفاقية إنشاء المحكمة.

وقد اهتمت اتفاقية النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية (روما، يولية سنة ١٩٩٨) بالنص على عدم الرجعية، فنصت المادة ١١/ ١ منها على أنه ليس للمحكمة اختصاص إلا فيما يتعلق بالجرائم التى ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام الأساسى.

٤٣ـ حماية الحقوق والحريات كأساس لمبدأ عدم الرجعية

عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا فى قولها بأن خضوع الدولة للقانون محددا على ضوء مفهوم ديمقراطى مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التى يعد التسليم بها فى الدولة الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة. ومما ينافى مفهوم الدولة القانونية على النحو السالف بيانه أن تقرر الدولة سريان عقوبة بأثر رجعى، وذلك بتطبيقها على أفعال لم تكن حين إتيانها تشكل ذنبا مؤاخذا عليه بها مثلما هو الحال فى الدعوى الراهنة[١]. وأكدت على أن مبدأ عدم رجعية القوانين العقابية يقيد السلطة التشريعية إعمالا لمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة وصونا للحرية الشخصية بما يرد كل عدوان عليها[٢].

وقد لاحظ المشاركون فى المائدة المستديرة الدولية السابعة المنعقدة فى «إكس آن بروفانس» فى ١١ من يوليو عام ١٩٩٠ لبحث مبدأ عدم رجعية التشريعات بأهمية حماية المواطنين ضد تحكم السلطات العامة فى البلاد التى لا تكفل فيها تماما الحقوق الأساسية وذلك بكفالة عدم الرجعية تحقيقا للأمن القانونى «sécurité juridique»[٣]. ويعد مبدأ عدم الرجعية من متطلبات الدولة القانونية باعتبار أن

---

(١) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩.

(٢) دستورية عليا فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٢ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٧ ص ٦٨.

دستورية عليا فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١٠ فى ٦ مارس سنة ١٩٩٧.

(٣) Franck Moderne; Rapport de synthése, Annuaire international de la justice constitutionnelle, Paris, Economica, 1990, p. 442.

خضوع الدولة للقانون لا يتمثل فقط فى توزيع الاختصاصات بين أجهزة الدولة وإنما يتمثل كذلك فى التزام هذه الأجهزة جميعا باحترام الحقوق الأساسية للأفراد. وقد لوحظ أنه منذ عام ١٩٤٩ ظهر مبدأ الأمن القانونى، وطبق هذا المبدأ فى بداية الأمر بواسطة القاضى الإدارى، وسرعان ما تلقفته المحاكم الدستورية وطبقته على التشريعات، وأصبح على المشرع الالتزام بمراعاة عدم الرجعية احتراما للثقة المشروعة للفرد فى تحقيق الاستقرار لمركزه القانونى(١).

وقد عبر البعض(٢) عن الحقوق التى يحميها مبدأ عدم الرجعية تحت مسميات شتى، فذهب البعض إلى أنه يحمى مبدأ المساواة أمام القانون، للحيلولة دون تحكم وقسوة القانون الرجعى فى مواجهة بعض المواطنين ممن طبق عليهم هذا القانون، ويحمى مبدأ الفصل بين السلطات، ويحمى الحقوق المكتسبة للمواطنين.

وقد عنيت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بتأكيد هذا المبدأ بما قررته من أن الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من الدستور - وكذا المادة ١٨٧ منه - ترددان مبدأ أساسيا من مبادئ الدساتير الحديثة يقيد المشرع، فلا يملك بمقتضاه أن يصدر تشريعا عقابيا بأثر رجعى عن أفعال وقعت قبل نفاذه وإلا كان هذا التشريع مخالفا للدستور(٣). كما عنيت بتطبيق هذا المبدأ على سائر أنواع العقوبات، ومنها العقوبات التأديبية(٤). وهو ما أكده كذلك المجلس الدستورى الفرنسى الذى ذهب إلى أبعد من ذلك مقررا انطباق المبدأ على كل جزاء يتضمن طابع العقاب حتى ولو ترك تطبيقه لجهة غير قضائية(٥). بل

(١) Michel Fromont, Allemagne, Annuaire, op. cit., 1990, p. 322.

(٢) Epaminodas Spillotopoulos, Gréce, Annuaire, op. cit., 1990, p. 377.

(٣) دستورية عليا فى إبريل سنة ١٩٨٧ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ٦ قضائية «دستورية». وفى هذا الحكم قضت المحكمة بعدم دستورية البند (أ) من المادة الخامسة من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٨٧ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى والتى نصت على حظر الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية لكل من حكم بإدانته فى الجناية رقم (١) سنة ١٩٧١ مكتب المدعى العام الخاصة بمن شكلوا مراكز القوى بعد ثورة ٢٣ يلويو سنة ١٩٥٢، وذلك على أساس أن هذه العقوبة فرضت عن فعل سابق على نفاذ القانون.

(٤) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٢ سالف الذكر، القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى العدد ٤، ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩.

(٥) 155 Dc du 30 Décembre 1982 Lois Favoreu; La constitutionnalisation de droit pénal et de procédure pénale, op. cit., p. 186.

وانظر: Mari Élisabeth Cartier, Les principes constitutionnels du droit sépressif, (La cour de cassation et la constitution de la Republique) Presses Universitaires d'Aix-Marseille-Aix-en-Provence, 1995, p. 160.

ذهب هذا المجلس إلى تطبيق المبدأ على تنفيذ العقوبات من حيث المدة التى يمكن أن يقضيها المحكوم عليه فى السجن[1].

ويسرى هذا المبدأ على كل من نصوص التشريع والنصوص اللائحية التى تصدر بناء عليه طبقا للمادة ٦٦ من الدستور[2].

وواقع الأمر أن مبدأ عدم رجعية القواعد الجنائية يرتكز على مبدأ الشرعية الجنائية بوصفها ضمانا لحماية الحقوق والحريات. فالرجعية فى المواد الجنائية تتناقض مع ما يتطلبه مبدأ الشرعية من إخطار سابق وصريح للمواطنين بالتجريم والعقاب وغيرها من الإجراءات المقيدة للحرية التى تولد اليقين القانونى لدى المخاطبين بالقانون. وقد رأينا كيف أن هذا الإخطار يجب أن يتم بعبارات واضحة محكمة منضبطة حتى يؤتى فعاليته، فماذا لو أهدره القانون كلية بالنص على الرجعية؟ فى هذه الحالة ينافى كل مفهوم للشرعية الجنائية.

٤٤ـ شروط تطبيق المبدأ على قواعد التجريم والعقاب

يتوقف تطبيق مبدأ عدم الرجعية على قواعد التجريم والعقاب على توافر شرطين:

(١) أن يكون القانون الجديد أسوأ للمتهم.

(٢) أن يعمل بالقانون الجديد بأثر رجعى قبله.

٤٥ـ (أولا) أن يكون القانون الجديد أسوأ للمتهم

يعد القانون الجديد فيما يتعلق بالتجريم أسوأ للمتهم إذا استحدث تجريما جديدا أو وضع قيودا على ممارسة أحد أسباب الإباحة، أو غير تكييف الواقعة المكونة للجريمة من نوع أخف إلى نوع أشد، أو مد نطاق تطبيق الجريمة من حيث المكان على وقائع سابقة عليه توافرت فى هذا المكان. وقد يمتد نطاق التجريم إلى حماية مصالح لم تكن محمية وفقا للقانون الجديد أو إلى الإخلال بعقود لم يشملها القانون الجديد، أو من خلال توسعة تعريف أحد البضائع التى تقع عليها جريمة الغش، أو

---

(١) Déc. n° 86-213 Dc du 3 Septembre 1986 (Rec. p. 122).

(٢) انظر بحثا للمستشار عبد الرحمن نصير نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا فى دستورية التشريع رجعى الأثر، ص ٨.

أضفى التجريم على فعل كان مباحا من قبل. وكذلك الشأن إذا أنقص القانون الجنائى عنصرا فى أحد أركان الجريمة كان يتطلبه القانون القديم، مثل القصد الخاص أو الشرط المفترض، أو أنقص مانعا من موانع المسئولية أو تشدد فى شروطه.

ويعد القانون الجديد أسوأ للمتهم فيما يتعلق بالعقاب إذا ألحق بالجانى عقوبة أشد مما كان ينص عليه القانون القديم سواء من حيث النوع أو القدر أو من حيث الحد الأدنى أو الأقصى أو من حيث استحداث عقوبة تبعية أو تكميلية، أو جعل العقوبة التكميلية وجوبية بعد أن كانت جوازية، وكذلك الشأن بالنسبة إلى استحداث ظروف مشددة أو إلغاء أحد موانع العقاب أو جعلها جوازية بعد أن كانت وجوبية، أو تشديد العقوبة على ذات الظرف المشدد.

وقد يصدر قانون جديد بتعديل قواعد تقادم العقوبة. ويعد هذا القانون من قوانين العقوبات؛ لأنه يؤثر فى مضمون العقوبة، فيسرى فى شأنه مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات بالنسبة إلى القواعد التى تسىء إلى المتهم، مثل النصوص التى تطيل فى مدة التقادم.

وكذلك الشأن بالنسبة إلى قواعد تنفيذ العقوبة، وهى التى تحدد وسائل تنفيذ العقاب سواء من حيث بدايتها أو شكلها أو تعديلها أو انقضائها، مثل قواعد التنفيذ العاجل للعقوبة ولو كان الحكم قابلا للاستئناف، وقواعد الإفراج الشرطى أو قواعد الإكراه المدنى لتنفيذ الغرامة، أو قواعد تفريد التنفيذ العقابى، أو قواعد تنفيذ العقوبات عند تعددها. وتعد شرعية التنفيذ العقابى أحد أوجه الشرعية الجنائية لتعلقها بحماية حقوق وحريات المتهم، وذلك باعتبار أن القيود المفروضة على المحكوم عليه لا تحول دون تمتعه بحقوقه وحرياته كإنسان فى الحدود التى لا تتعارض فيها مع العقوبة المقضى بها عليه. ومن ثم، فإنه لا يجوز تطبيق قواعد التنفيذ العقابى بأثر رجعى.

٤٦- (ثانيا) أن يعمل بالقانون الجديد بأثر رجعى

يعد القانون معمولا به بأثر رجعى إذا شمل نطاق تطبيقه من حيث الزمان واقعة تمت قبل العمل بهذا القانون. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا سرى القانون على وقائع تم تكوينها أو على مراكز قانونية اكتملت عناصرها قبل العمل

بأحكامه، فإن هذا القانون يكون متضمنا أثرا رجعيا، أى أن الأمر المعتبر فى تحديد رجعية القانون من عدمه إنما يتعلق بتاريخ تحقق الواقعة القانونية التى رتب المشرع عليها أثرا[1].

وبالنسبة إلى قانون العقوبات يستوى فى الواقعة التى يسرى عليها القانون أن تشتمل على النشاط الإجرامى أو على محله، إذ كل منهما لا ينفصل عن الآخر[2]. ولا تتوافر الرجعية إذا لم ينتج القانون آثاره إلا من حيث المستقبل رغم تطبيقه على وقائع سابقة على تاريخ العمل به إذا كانت الوقائع قد استمرت بإرادة صاحبها، كما هى الحال فى الجرائم المستمرة أو فى الجرائم المتتابعة أو فى جرائم الاعتياد. ففى الجرائم المستمرة يستمر نشاط الجانى بعد إتمام الجريمة، مما يجعل الجريمة متجددة فى كل لحظة من لحظات الاستمرار؛ لأنها فى هذه اللحظات تكون مدعمة بإرادة الجانى. هذا بخلاف الحال فى الجريمة الوقتية ذات الآثار المستمرة، مثل إقامة بناء بدون ترخيص، أو جريمة لصق الإعلانات فى أماكن ممنوعة.

فى هذين المثالين وقعت الجريمة بمجرد إقامة البناء بدون ترخيص أو بمجرد لصق الإعلانات فى الأماكن الممنوعة، ولا دخل لإرادة الجانى فى استمرار قيام البناء بدون ترخيص؛ لأن هذا الاستمرار ليس إلا أثرا للفعل الذى مضى وقوعه، وكذلك الشأن بالنسبة لاستمرار لصق الإعلانات؛ فهذا الاستمرار كذلك ليس إلا أثرا للفعل الذى ارتكبه من قبل وهو اللصق.

---

(١) دستورية عليا فى ٨ يوليو سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ١٤٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية». وتطبيقا لهذا المبدأ قضت المحكمة الدستورية العليا بتوافر الأثر الرجعى فى الفقرتين ٣ و٤ من المادة الثانية من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ المعدلة بالقانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٦ فى شأن مجلس الشعب، على أساس أن هاتين الفقرتين قد عمدا إلى تثبيت الصفة السياسية للترشيح لعضوية مجلس الشعب بما كانت عليه فى ١٥/ ٥/ ١٩٧١ ولم يعتد بما طرأ عليها من تغيير بعدئذ، فلا تتغير صفة من كان بالفئات فى هذا التاريخ ثم تحول إلى عامل أو دخل فى زمرة الفلاحين، وكذلك يستصحب المرشح من العمال أو الفلاحين صفته هذه التى كانت قد ثبتت له فى هذا التاريخ، أو تلك التى رشح على أساسها لعضوية مجلس الشعب ولو زايلته فيما بعد باندراجه حقيقة وواقعا فى عداد فئات أخرى.

(٢) مثال ذلك صدور قانون ضريبى عدل فى وعاء الضريبة وفى فئاتها بأثر رجعى، فإنه لا يجوز تطبيقه بأثر رجعى بالنسبة إلى التهرب من الضريبة أو الشروع فيه. مثال ذلك المادتان ٤٣ و٤٤ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون الضريبة على المبيعات فى ضوء القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام هذا القانون الذى أضاف بأثر رجعى بعض السلع أو الخدمات وعدل فى فئات الضريبة. (انظر المواد ١ و ٢ و ٣ و ٤ و٥ و٦ و٧ و٨ و٩ و١٠ من هذا القانون).

وبالنسبة إلى الجرائم المتتابعة، فإن كل جزء منها فى حد ذاته جريمة، كمن يسرق محتويات منزل على عدة مرات، ففى كل مرة يستولى فيها على قطعة من هذه المحتويات يعد سارقا، فإن جعل القانون المرات المتتابعة حركة إجرامية واحدة تقع بها جريمة واحدة، إلا أن ذلك لا يحول من حيث الواقع والقانون من اعتبار كل فعل اقترفه فى إحدى هذه المرات جريمة مستقلة بذاتها، ومن ثم فإذا وقع أحد هذه الأفعال بعد القانون الجديد انطبق عليه هذا القانون بغض النظر عن الأفعال الأخرى التى وقعت قبله. وكذلك الشأن فى جريمة من جرائم الاعتياد التى لا تقع إلا بتكرار ارتكاب فعل معين، مثل جريمة الاعتياد على الربا الفاحش، ففى هذه الحالة تقع ولو وقع فعل منها قبل العمل بالقانون الجديد طالما أن حالة الاعتياد لا تتم إلا بالفعل الذى وقع بعد العمل بهذا القانون، وذلك على أساس أن القانون القديم لم يكن قد انطبق بعد على الفعل الذى تم فى ظله. ويسرى القانون الجديد اعتبارا من تاريخ العمل به، ولو انطبق على وقائع وقعت فى الماضى طالما أن هذه الوقائع وحدها لا تنتج أى أثر قانونى فى ظل القانون القديم أو الجديد. ويتوقف الأثر القانونى الذى يولده القانون الجديد على الفعل الذى وقع فى ظله مصحوبا بالوقائع التى من قبل والتى تكون فى مجموعها حالة الاعتياد ويسرى هذا القانون منذ العمل به.

ولا شك فى أن تاريخ وقوع الجريمة هو الفيصل فى تحديد مدى رجعية القانون الجديد. وقد قضت محكمة النقض بأن القانون الذى يعاقب على الجريمة هو القانون المعمول به وقت ارتكابها[1]. والعبرة دائما بإرادة الجانى من حيث سيطرتها على وقوع الجريمة. فإذا وقع النشاط الإجرامى فى لحظة معينة ثم حدثت النتيجة فى لحظة أخرى - كمن يطلق عيارات ناريا على شخص ثم يموت المجنى عليه بسبب ذلك بعد عدة أيام - فإن العبرة فى وقوع الجريمة تكون بالنظر إلى القانون المعمول به وقت النشاط الإجرامى. فالشرعية الجنائية تقوم على سبق إخطار الجانى بنصوص التشريع قبل أن تتجه إرادته الإجرامية إلى ارتكاب الجريمة[2]، وهو ما لا تتحقق حكمته إلا بالنظر إلى النشاط الإجرامى لا بالنظر إلى النتيجة التى تتحكم فى وقوعها عوامل مختلفة كان توقعها أو وجوب توقعها منظورا إليه وفقا للقانون القديم الذى كان معمولا به وقت مقارفة النشاط الإجرامى.

---

(١) انظر نقض ٢٦ يونية سنة ١٩٣٩، مجموعة القواعد فى ٢٥ عاما رقم ٢٨ ص ١٩٢١.

(٢) انظر مؤلفنا «الزسيط فى قانون العقوبات» القسم العام، طبعة ١٩٩٦، مرجع سابق ص ٦٥.

المبحث الثاني
رجعية القانون الأصلح للمتهم

٤٧ - أساس المبدأ:

يرتكز هذا المبدأ على الشرعية الجنائية، استناداً إلى الأسس الآتية:

(أولا) حماية الحرية الشخصية، إذ يهدف القانون الجديد إلى حماية الحرية الشخصية وصونها من العدوان عليها في إطار من الموازنة بين موجباتها من ناحية، وما يعد لازما لحماية مصلحة الجماعة والتحوط لنظامها العام من ناحية أخرى. وفي إطار هذه الموازنة وعلى ضوئها، تكون رجعية القانون الأصلح للمتهم ضرورة حتمية يقتضيها صون الحرية الشخصية بما يرد عنها كل قيد غدا تقريره، مفتقرا إلى أية مصلحة اجتماعية. ويتحقق ذلك بوجه خاص حين يعود القانون الجديد بالفعل كلية من منطقة التجريم إلى دائرة الإباحة وهي الأصل، مقررا أن ما كان مؤثما لم يعد كذلك.

(ثانيا) انتفاء كل من الضرورة الاجتماعية والتناسب في استمرار التجريم أو العقاب، ذلك إذا كانت الفلسفة التي كان القانون القديم ينطلق منها ويعاقب على كل فعل يناقضها قد أسقطتها فلسفة جديدة اعتنقتها الجماعة في واحد من أطوار تقدمها بما مؤداه انتفاء الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب، مما يتعين معه بالتالي - كلما صدر قانون جديد يعيد الأوضاع إلى حالها قبل التجريم أو يضع أحكاما لصالح المتهم - أن ترد إلى أصحابها الحرية التي كان القانون القديم ينال منها، وأن يرتد هذا القانون بالتالي على عقبيه إعلاء لقيم القانون الجديد في الضرورة والتناسب[1]. ولا إخلال في ذلك بالنظام العام، ذلك أن رجعية القانون الأصلح أدعى إلى تثبيته بما يحول دون انفراط عقده على تقدير أن إعماله منذ صدوره أكفل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحرياتهم[2].

---

(١) انظر في هذا المؤلف بند ٦٤ وما بعده.

(٢) انظر دستورية عليا في ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ١٢ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الثاني)، قاعدة رقم ٧ ص ٦٨.

وقد أكد المجلس الدستورى الفرنسى رجعية القانون الأصلح للمتهم تأسيسا على عدم فائدته الاجتماعية (أى انتفاء الضرورة)[1] وجاء قانون العقوبات الفرنسى الجديد (١٩٩٤) فنص عليه صراحة فى المادة ١١٩؛١/٣.

(ثالثا) الامتداد لقاعدة الشرعية الجنائية، أكدت المحكمة الدستورية العليا أن ثمة قاعدتين تجريان معًا وتتكاملان؛ أولاهما: أن مجال سريان القانون الجنائى ينحصر أصلا فى الأفعال اللاحقة لنفاذه، وثانيهما: سريان القانون اللاحق على وقائع كان يؤثمها قانون سابق طالما كان القانون الجديد أكثر يسراً. وتكامل هاتين القاعدتين مؤداه أن الثانية فرع من الأولى ونتيجة حتمية لها. وكلتاهما معًا تعدان امتدادًا لازما لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، ولهم معًا القيمة الدستورية ذاتها[2].

وأكدت المحكمة الدستورية العليا أن النطاق الحقيقى لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يتحدد على ضوء ضمانين يكفلان الأغراض التى توخاها؛ أولهما وضوح النصوص العقابية بغير غموض، وثانيهما عدم رجعية القانون الجنائى، إلا أن إطلاق هذه القاعدة يفقدها معناها، ذلك أن الحرية الشخصية وإن كان يهددها القانون الجنائى الأسوأ، إلا أن هذا القانون يرعاها ويحميها إذا كان أكثر رفقا بالمتهم، سواء من خلال إنهاء تجريم أفعال أثَّمَهَا قانون جنائى سابق، أو عن طريق تعديل تكييفها أو بنيان بعض العناصر التى تقوم عليها، بما يمحو عقوباتها كلية أو يجعلها أقل بأسا وبمراعاة أن غلو العقوبة أو هوانها إنما يتحدد على ضوء مركز المتهم فى مجال تطبيقها بالنسبة إليه. فإن كانت الرجعية أكثر فائدة للمركز القانونى للمتهم فى مواجهة سلطة الاتهام، فإنها تكون أمرا محتوما[3].

وعنيت المحكمة الدستورية العليا بالقول بأن قاعدة تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعى لا تعد استثناء من قاعدة عدم رجعية القانون الجنائى، ولا هى قيد عليها، بل اعتبرتها فرعا منها ونتيجة حتمية لها، وكلتاهما معا ـ على حد قول المحكمة الدستورية العليا ـ تعدان امتدادا لازما لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات ولهما معا القيمة الدستورية ذاتها[4].

---

(١) انظر: M.E. Cartier, op.cit., p. 165.

(٢) دستورية عليا فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «منازعة تنفيذ دستورية».

(٣) دستورية عليا فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٠ فى ٦ مارس سنة ١٩٩٧، ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٨٤ سنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٣ فى ٢٧ مارس سنة ١٩٩٧.

(٤) دستورية عليا فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ سالف الإشارة إليه.

٤٨ـ معيار القانون الأصلح للمتهم

وغنى عن البيان أنه يجب توافر صفة القانون فى النصوص التى يراد تطبيقها ، فلا يجوز الخلط فى هذا الصدد بين اللوائح التى تصدر بناء على تفويض من السلطة التشريعية ، والقرارات الإدارية الفردية التى لا تتوافر فيها أهم خصائص القاعدة القانونية وهى العمومية والتجريد. ولذلك قضت محكمة النقض بأن الأمر الذى يصدره المحافظ بالترخيص لمحل معين يبيع مشروبات روحية بعد الميعاد المحدد فى القانون استثناء من القانون تحقيقا لصوالح مختلفة واعتبارات معينة لا يعد قانونا أصلح للمتهم(١) . وسوف نبحث فيما يأتى ما يعد قانونا أصلح للمتهم.

يتحدد القانون الأصلح للمتهم بالمقارنة بين القوانين التى صدرت منذ وقوع الجريمة حتى تاريخ الفصل فى الدعوى بحكم بات ،لتحديد ما يعتبر أصلح للمتهم. ويتميز هذا المعيار بخصيصتين هما الموضوعية والواقعية.

١ ـ الموضوعية : يتحدد القانون الأصلح للمتهم وفقا لمعيار موضوعى بحت ، بوصفه مسألة قانونية يقررها القاضى وفقا لضوابط معينة. فلا يجوز للمتهم المطالبة بتطبيق قانون معين بحجة أنه هو الأصلح له(٢) . كما لا يجوز للقاضى أن يعبر عن وجهة نظره الشخصية ، وإنما يجب عليه دائما أن يستعين بالضوابط القانونية فى تحديد ما هو أصلح للمتهم.

٢ ـ الواقعية : يتحدد القانون الأصلح للمتهم بالنظر إلى كل جريمة على حدة. فلا يتم هذا التحديد وفقا لمعيار مجرد بناء على المقارنة بين القانونين القديم والجديد سواء من حيث اتجاههما العام أو من حيث مجموع نصوصهما. وإنما تتم هذه المقارنة بنظرة واقعية بالنظر إلى كل جريمة على حدة ، بين حكم كل من القانونين عند تطبيقه على هذه الجريمة من حيث أركانها فى ضوء ظروفها المختلفة وشخصية المتهم. فمثلا إذا نص القانون القديم على جواز وقف تنفيذ العقوبة ، ثم جاء القانون الجديد فألغى

---

(١) محمود مصطفى ص ٩٣ ، محمود نجيب حسنى ص ١٠٨ .
Levasseur, op. cit., p.178, Andenaes, the general part of the criminal law of Norway, London, 1965, p 330.

وقد عرفت محكمة النقض القانون الأصلح للمتهم بأنه «القانون الذى ينشئ للمتهم مركزا أو وضعا يكون أصلح له من القانون القديم» (نقض ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٣ ، مجموعة الأحكام س٥ رقم ١٣ ص ٣٩، نوفمبر سنة ١٩٥٦ ص ٧ رقم ٧٣ ص ٢٣٤ .

(٢) ومع ذلك نص القانون الأسبانى الصادر سنة ١٩٢٨ (المادة ٨/ ٣) على أنه فى حالة التردد فى معرفة القانون الأصلح يرجع إلى المتهم لتحديد هذا القانون.

وقف التنفيذ وأنقص مدة العقوبة، فإن القانون القديم يعتبر أصلح للمتهم إذا كانت ظروف الجريمة وشخصية المتهم تدعو إلى إيقاف تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه. هذا بخلاف الحال بالنسبة إلى متهم آخر لا يستحق إيقاف التنفيذ، فإن القانون الجديد يعتبر هو الأصلح له. وكذلك الشأن إذا كان القانون القديم ينص على عقوبة الحبس أو الغرامة ثم جاء القانون الجديد فرفع الحد الأدنى لعقوبة الحبس وخفض الحد الأدنى لعقوبة الغرامة الجوازية، فإن هذا القانون الجديد يعتبر أصلح للمتهم إذا رأى القاضى أن المتهم يستحق الغرامة بدلا من الحبس، بينما يعتبر القانون القديم أصلح للمتهم إذا رأى القاضى أن المتهم يستحق عقوبة الحبس لا الغرامة.

٤٩ـ تحديد القانون الأصلح للمتهم

نبحث فيما يأتى تحديد القانون الأصلح للمتهم بالنظر إلى نصوص التجريم ونصوص العقاب.

٥٠ ـ (أولا): نصوص التجريم

عند المقارنة بين نصوص التجريم فى القوانين المتعاقبة، يعتبر القانون أصلح للمتهم إذا ترتب عليه إسقاط وصف التجريم عن الفعل الذى ارتكبه الجانى[١]، أو

(١) انظر نقض ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٩، مجموعة القواعد فى ٢٥ عاما رقم ٣٤ ص ٩٢١، نقض ١٨ ديسمبر سنة ١٩٧٧، مجموعة الأحكام س ٢٨ رقم ٢١٣ ص ١٠٤٨ بشأن اعتبار القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٦ فى شأن تنظيم التعامل بالنقد الأجنبى أصلح للمتهم.
وقد قضى بأن إنشاء أو تعديل أو ترميم المبانى لا تجاوز خمسة آلاف جنيه فى السنة الواحدة دون موافقة اللجنة المختصة أصبح غير مؤثم بصدور القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ (نقض ٢ إبريل ١٩٨٥، مجموعة الأحكام س ٣٦ رقم ٨٦ ص ٥١٧).
وقضت محكمة النقض بأنه متى كان القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٦ الذى كان يجرم الفعل المسند إلى المطعون ضده قد ألغى بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٤ الذى صدر قبل الفصل فى الدعوى بحكم بات وأباح هذا الفعل وجعله بمنأى عن التأثيم، فإن القانون الجديد يكون هو الأصلح الواجب الاتباع (نقض ١٥ يونية سنة ١٩٩٤، مجموعة الأحكام س٤٥ رقم ١١٨ ص ٧٥٦).
وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ قد اعتنق فلسفة جديدة قوامها حرية التعاقد، فلا يكون الجزاء الجنائى ـ المنصوص عليه فى القانونين رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ إلا منهدما بعد العمل بالقانون الجديد، وذلك باعتبار أن هذا القانون صرح بإلغاء كل قانون يتضمن أحكاما تناقض تلك التى أتى بها، بما مؤداه إطراح النصوص المخالفة للقانون الجديد ـ فى شأن يتعلق بالتجريم ـ سواء تضمنها تنظيم عام أو خاص. (دستورية عليا فى ٢٢ فراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (١٠) فى ٦ مارس سنة ١٩٩٧، و ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (١٣) فى ٢٧ مارس سنة ١٩٩٧، ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية =

تخفيف هذا الوصف كأن يجعل الجناية جنحة(١) أو تضييق نطاق التجريم بتغيير أركان الجريمة أو ظروفها على نحو يستفيد منه المتهم(٢) أو تقرير سبب من أسباب الإباحة، أو تقرير مانع من موانع المسئولية مما توافر فى حق المتهم(٣).

ويعد قانونا فى غير صالح المتهم القانون الذى ينشئ جريمة أو يلغى أو يقيد شروط الاستفادة من موانع المسئولية.

٥١- (ثانيا): نصوص العقاب

١ - يعتبر قانونا أصلح للمتهم النص الذى يلغى إحدى العقوبات(٤)، أو يهبط بحدها الأدنى مع اتحاد نوعها(٥)، أو يتضمن بها عقوبة أخف جوازية مع العقوبة

= «منازعة تنفيذ». وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن الفلسفة الجديدة التى أتى بها القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ لا تؤثر فى تجريم التخلف عن تسليم الوحدة المؤجرة على النحو المنصوص عليه فى المادة ٢٣/ ٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، وذلك لأن جريمة تخلف المؤجر دون مقتض عن تسليم الوحدة المؤجرة تعد صورة من صور التدليس تنطوى على مسلك إجرامى يضر بالقيم والمصالح الاجتماعية (دستورية عليا فى ٨ يوليو سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ٥٢ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية العدد ٢٩ (مكررا) فى ٢٢ يوليو سنة ٢٠٠٠).

(١) Crim., 29 Juin 1960, Bull, No. 848.

وقد قضت محكمة النقض بأن معاقبة المتهم بسرقة مال لمرفق عام بعقوبة الجناية بعد صدور قانون يزيل عنها وصف الجناية قبل الحكم النهائى يعد خطأ فى تطبيق القانون (نقض ١٥ مايو سنة ١٩٧٨، مجموعة الأحكام س ٢٩ ص ١٥٦).

(٢) مثال ذلك أن يضيف القانون الجديد (رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١) إلى أركان جريمة ممارسة الفجور أو الدعارة ركن الاعتياد، فإنه يعد أصلح للمتهم مع القانون السابق الذى كان يعاقب على مجرد إتيان الفجور أو الدعارة مرة واحدة دون اعتياد (نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٥١، مجموعة قبل صدور الحكم النهائى، فإن المتهم يجب أن يستفيد من ذلك وتصبح جريمته غير قائمة (نقض ١٢ نوفمبر سنة ١٩٥١، مجموعة الأحكام س٢ رقم ٦١ ص ١٦٦) وقد حكم بأنه إذا وقع حجز سدادا لدين وارتكب المدين جريمة تبديد المحجوزات، ثم صدر قبل الحكم النهائى قانون بمنع المطالبة بالدين الذى وقع الحجز من أجله، فإن الحجز يعد لاغيا وتسقط بالتالى جريمة التبديد (انظر نقض ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة القواعد جـ٢ رقم ٤٠٠ ص ٧٦٥).

(٣) Merle et Vitu, Traité p. 175. Levasseur, op. cit., pp. 179 et 180.

(٤) انظر نقض ٥ يونية سنة ١٩٧٧، مجموعة الأحكام س٢٨ رقم ١٤٣ ص ٦٧٤، ١٩ يناير سنة ١٩٨٤ س٣٥ رقم١٣ ص ٦٩، ٩ فبراير سنة ١٩٨٤ س٣٥ رقم ٢٤ ص ١١٩.

(٥) قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المادة ٢٢ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ قد جرى تعديلها بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٢ على نحو أباح النزول بالغرامة عن قيمة الأعمال المخالفة بعد أن كانت الغرامة محددة بهذه القيمة بما لا يجوز النزول عنها، فإنه يتحقق به القانون الأصلح للمتهم.
(نقض ٢٨ مارس سنة ١٩٩٣، مجموعة الأحكام س٤٤ رقم ٤١ ص ٣٠٨).

المقررة أصلا مثل ترك الخيار للقاضى بين عقوبة الحبس وعقوبة الغرامة بعد أن كان القانون القديم يوجب القضاء بالعقوبتين معا[1]. ويستوى فى نصوص العقاب أن تتضمن عقوبات أصلية أو تبعية أو تكميلية. وإذا هبط القانون بالحد الأدنى لعقوبة سالبة للحرية، فإنه يعد أصلح للمتهم ولو رفع عقوبة الغرامة فى حديها الأدنى والأقصى[2].

٢ـ كما يعد قانونا أصلح للمتهم كل نص عقابى يلغى ظرفا مشددا أو يقيد من تطبيقه أو يضعف من آثاره فى تشديد العقاب. وكذلك الأمر إذا تضمن النص مانعا من موانع العقاب أو خفف من الشروط التى يتوافر بها هذا المانع، أو تضمن النص الجديد الترخيص للمحكمة بوقف تنفيذ العقوبة، خلافا لما كان ينص عليه النص القديم. وإذا كان سبب الإعفاء من العقاب (أو التخفيف منه) الذى قرره القانون الجديد مقيدا بشرط معين لم يتحقق فى شأن المتهم، وكان يستحيل على المتهم القيام بهذا الشرط لانتهاء المدة المحددة له، فلا يستفيد المتهم من القانون الجديد[3]. أما إذا كان سبب الإعفاء (أو التخفيف) مقيدا بشرط يمكن أن يحققه المتهم فى مهلة مفتوحة له، فإن المتهم يستفيد من القانون الجديد بوصفه الأصلح للمتهم، وفى هذه الحالة إذا كانت القضية معروضة على محكمة النقض تعين القضاء بالنقض وإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع للتثبت من الشرط الموجب للإعفاء أو التخفيف من العقاب.

٣ـ ويثور البحث عندما يعدل القانون العقوبة ويستبدل بها عقوبة أخرى. لا شك فى أن معيار القانون الأصلح فى هذه الحالة يرجع إلى نوع العقوبة، فعقوبات

---

(١) نقض ٥ إبريل سنة ١٩٨٤، مجموعة الأحكام س٣٥ رقم ٨٧ ص ٤٠٠.

(٢) قضت محكمة النقض بأن صدور القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣ بعد وقوع الفعل وقبل الفصل فى الدعوى بحكم نهائى فى جريمة أرض زراعية يجعله أصلح للمتهم من القانون القديم لهبوطه بالحد الأدنى لعقوبة الحبس مع إجازته وقف تنفيذها ولا يغير من ذلك رفعه عقوبة الغرامة فى حديها الأدنى والأقصى. (نقض ١٦ مايو سنة ١٩٩١، مجموعة الأحكام س٤٢ رقم ١١٧ ص ٨٤٠).

(٣) قضت محكمة النقض بأنه لا محل لإعفاء المتهم بقيامه بأعمال البناء بغير ترخيص من الغرامة المقضى بها عملا بحكم المادة الثالثة من القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ المعدلة بالقانونين رقمى ٥٤ لسنة ١٩٨٤ و ٩٩ لسنة ١٩٨٦ إذ إن شرط الاستفادة بهذا الإعفاء أن يتقدم المخالف بطلب إلى الوحدة المختصة لوقف الإجراءات التى اتخذت ضده فى خلال المهلة التى انتهت فى ٧ يونية سنة ١٩٨٧، وهو ما لم يثبت تحققه فى الدعوى الماثلة (نقض ١٦ من إبريل سنة ١٩٩٢، مجموعة الأحكام س٤٣ رقم ٦١ ص ٤١٢).

الجنايات أشد من عقوبات الجنح، وهذه الأخيرة أشد من عقوبة المخالفة (الغرامة)[1]. كما أنه فى إطار عقوبات الجنايات تتدرج العقوبات من حيث شدتها من الإعدام إلى الأشغال الشاقة المؤبدة إلى المؤقتة ثم إلى السجن. وفى إطار عقوبات الجنح تتدرج العقوبات من حيث شدتها من الحبس مع الشغل إلى الحبس البسيط[2] إلى الغرامة.

إلا أن دقة البحث تتجلى فى العقوبات السالبة للحرية بدءا من الأشغال الشاقة المؤقتة إلى الحبس. ولا صعوبة إذا اتحد القانون القديم مع القانون الجديد فى نوع العقوبة السالبة للحرية، إذ يعد القانون الجديد أصلح للمتهم إذا كانت مدة العقوبة التى نص عليها أقل مما أوردها القانون القديم.

ولكن الصعوبة تتجلى عندما يتضمن القانون الجديد عقوبة سالبة للحرية أشد من حيث النوع وأقل فى مدتها مما نص عليه القانون القديم، كأن ينص القانون الجديد على عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة لمدة لا تزيد على عشر سنوات، بينما كان القانون القديم ينص على عقوبة السجن لمدة لا تزيد على خمسة عشر سنة. فى هذه الحالة إذا أخذنا بمعيار نوع العقوبة، فإن القانون الجديد يعد أسوأ للمتهم فلا يطبق بأثر رجعى مهما خفف هذا القانون من مدة العقوبة فى حديها الأدنى والأقصى، لأن المفاضلة بين العقوبات تكون بالنظر إلى نوع العقوبات[3]. وقد ذهب رأى[4] إلى إقامة المفاضلة بين العقوبات السالبة للحرية على أساس مدتها بغض النظر عن نوعها. ووفقا لهذا الرأى تعد عقوبة السجن لمدة خمسة عشر عاما أسوأ من عقوبة الأشغال الشاقة لمدة عشر سنوات. ويؤيد هذا الرأى المعيار الذى اتخذه القانون فى المادة ٣٥ عقوبات وهو أن عقوبة الأشغال الشاقة تجبّ بمقدار مدتها كلها أية عقوبة مقيدة للحرية محكوم بها لجريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة المذكورة،

---

(١) نقض ١٠ ديسمبر سنة ١٩٨٤، مجموعة الأحكام س٣٥ رقم ١٩٥ ص ٨٨٥.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن قانون الأحداث رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم لأنه ينشئ للمحكوم عليه وضعا أصلح له من النصوص الملغاة، ذلك بعد أن كان القانون الذى وقع الفعل فى ظله يحظر توقيع عقوبة الإعدام على من لم يبلغ سبع عشرة سنة كاملة، فإنه بصدور القانون الجديد أصبح هذا الحظر ممتدا إلى من لم يتجاوز سنه ثمانى عشرة سنة (نقض ٣ يونية سنة ١٩٧٤ مجموعة الأحكام س٢٥ ص ٥٣٩).

(٣) انظر نقض ١٥ مايو سنة ١٩٣٣، مجموعة القواعد جـ٤ رقم ١٢١ ص ١٧٩.

(٤) انظر: Frederic Desportes et Francis le Gunekec op. cit., 254

فوفقا لهذا النص تجب عقوبة الأشغال الشاقة - وهى الأشد - العقوبة الأخرى المقيدة للحرية فى حدود مدة هذه العقوبة فقط، مما يعنى أن الأفضلية بين نوعى العقوبة سيكون عند اشتراكهما فى مدة واحدة، ففى حدود هذه المدة فقط تجبّ العقوبة الأشد نوعا (وهى الأشغال الشاقة) العقوبة الأخف نوعا (السجن أو الحبس). فإذا كان القانون قد رأى أن عقوبة الأشغال الشاقة أشد على إطلاقها من العقوبة السالبة للحرية الأخف منها لنص على جبّهما كلية بغض النظر عن مدة العقوبة الأخرى الأخف.

٤ - ويدق البحث أيضا إذا كانت المفاضلة بين عقوبات غير سالبة للحرية (الغرامة والمنع من مزاولة المهنة وغلق المحل إلى غير ذلك من التدابير الاحترازية) فلم ينص المشروع على أى تدرج بين هذه العقوبات، إلا أنه يلاحظ أن هذه العقوبات تشترك فى الضرر المالى الذى يتعرض له المتهم. ومن ثم فإن القاضى يعقد المقارنة بين هذه العقوبات بنظرة واقعية وفقا لظروف كل متهم(١).

٥ - وتتحدد مدة العقوبة السالبة للحرية فى ضوء الحدين الأدنى والأقصى. ولا صعوبة إذا خفض القانون الجديد من هذين الحدين معا، وإنما الصعوبة إذا خفض أحد الحدين ورفع الآخر. مثال ذلك أن تكون العقوبة المنصوص عليها فى القانون القديم هى السجن (ومدتها تنحصر ما بين ثلاثة وخمسة عشر سنة) فيعدل القانون الجديد أحد الحدين بأن يرفع الحد الأدنى وينقص الحد الأقصى. والراجح عندنا وفقا للمعيار الواقعى للقانون الأصلح أنه لا يمكن إقامة مقارنة مجردة بين القانونين القديم والجديد لأنها تتحدد على ضوء الجريمة وشخصية المتهم ومدى استحقاقه وفقا لوقائع الدعوى للحد الأدنى أو الحد الأقصى للعقوبة. فإذا كانت ظروف كل من الجريمة والمتهم تبرر الحكم عليه بالحد الأدنى كان القانون القديم هو الأصلح للمتهم. أما إذا كانت هذه الظروف تبرر الحكم عليه بالحد الأقصى كان القانون الجديد هو الأصلح للمتهم(٢).

---

(١) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن عقوبة غلق المؤسسة يعتبر جزاء أشد من عقوبة الغرامة.
(Crim 30 Dec 1922, Bull. No.444).

(٢) قد اختلفت الآراء فى تحديد القانون الأصلح فى هذه الحالة، فذهب رأى إلى المزج بين القانونين عن طريق الجمع بين أقل القانونين فى الحد الأقصى مع أقل القوانين فى الحد الأدنى. =

٥٢ـ أثر النصوص غير الجنائية

ثار البحث عما إذا كان إلغاء أو تعديل النصوص غير الجنائية[1] التى تتضمن قواعد غير جنائية يدخل فى عداد مفهوم القانون الأصلح للمتهم، وهل يعبر عن تغير سياسة المشرع فى التجريم.

ذهب البعض إلى أن التفرقة بين نصوص الغاية "dıspositione de buts" ونصوص الوسيلة "dispositions de moyen" بمناسبة الجرائم الاقتصادية التى تأتى مخالفة لقرارات لائحية أو قوانين اقتصادية، فنصوص الغاية هى التى يقصد بها المشرع تحقيق هدف مختلف عما استهدفه القانون السابق أى تعديل السياسة الاقتصادية. أما نصوص الوسيلة فلا تستهدف تحقيق هذا الاختلاف ولا تقصد أى تعديل فى السياسة الاقتصادية وإنما تبغى مجرد تعديل الوسيلة التى تكفل تحقيق هذا الغرض[2]. ولا ينطبق الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم إلا على نصوص الغاية فقط. وقد عنى بعض الفقهاء بالقول بأن نصوص الغاية تعد القواعد الجنائية، وأن نصوص الوسيلة تعد القواعد غير الجنائية[3]. وبالتالى فإن الرأيين السابقين يلتقيان فى فكرة واحدة.

وواقع الأمر أنه لا يجوز تطبيق الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم على

- Blanche, Etudes pratiques sur le code pénal 1888 No. 622 et s.

وعيب هذا الرأى أنه يخلق قانونا ثالثا لم يتجه إليه قصد المشرع. وذهب رأى آخر أن العبرة فى المقارنة هى بالحد الأقصى المبين فى كلا القانونين، لأنه يقوى من سلطة القاضى ويحرم المتهم من الاستفادة من التخفيف إذا كان القانون مخففا الحد الأقصى كلما حقق مصلحة محققة للمتهم فى ألا يزيد عقابه على حد معين.

(Merle et Vıtu, p.176 Garçon, art. 4. No.113).

وعيب هذا الرأى أن القانون الذى ينقص من الحد الأقصى قد يرفع من الحد الأدنى فى ظروف يكون المتهم فيها أحق بالنزول عن هذا الحد، وذهب رأى ثالث إلى أن العبرة فى المقارنة هى الحد الأدنى المعين فى كلا القانونين، لأن القانون الذى يهبط بالحد الأدنى هو الأميل للرفق بالمتهم ويتيح له الحصول على أقصى درجات التخفيف. انظر:

Godby, Commentary on Egyptian Criminal law, part, 1 (1924), art5, No.3, p. 70.

وعيب هذا الرأى أن القانون الذى ينقص من الحد الأدنى قد يرفع من الحد الأقصى للعقوبة فيعرض المتهم لهذه العقوبة المشددة.

(١) راجع بند ٢٥ ص.

(٢) انظر: Vienne; Le principe de la retroactivité de la loi pénale plus douce doit être consideré comme absolu J.C.P. 1947 - 618.

(٣) Decoq, op. cit., 132 et133.

القواعد غير الجنائية، لأن شدة القانون أو تخفيف جسامته تتحدد موضوعيا بالنظر إلى التجريم والعقاب، ولا تتحدد حسبما يؤدى إليه النص غير الجنائى بعد تعديله إلى تبرئة المتهم أو إلى تخفيف العقاب، وذلك باعتبار أن أهداف قانون العقوبات تتميز عن أهداف القانون غير الجنائى، فهو لا يحمى كل المصالح التى تنظمها القوانين غير الجنائية إلا فى حدود الضرورة والتناسب الذى يتطلبه التدخل الجنائى. ولذلك فإن كل تعديل فى القانون غير الجنائى لا ينظر إليه بوصفه أشد أو أصلح للمتهم لأنه يعبر عن فلسفة غير جنائية؛ ما لم يعبر فى ذات الوقت عن فلسفة جديدة للتجريم والعقاب إذا كانت القواعد غير الجنائية تندمج اندماجا فى شق التكليف الجنائى الوارد فى القواعد الجنائية على النحو الذى أوردناه فيما تقدم[1].

وهناك يجدر التنبيه مرة أخرى إلى أن التمييز بين القواعد الجنائية وغير الجنائية، لا يعنى مطلقا أننا ننكر الاندماج الكامل بين بعض القواعد غير الجنائية والقواعد الجنائية، كما هى الحال بالنسبة للقواعد الجنائية (على بياض) كما سبق أن أوضحنا عند شرح اليقين فى القانون الجنائى. فكل تعديل فى القواعد غير الجنائية لا يكشف فى حد ذاته عن التطوير فى سياسة التجريم أو سياسة العقاب، فهو أمر لا يمكن إدراكه إلا من خلال معرفة سياسة المشرع فى إضفاء الحماية الجنائية على المصالح التى تحميها القواعد غير الجنائية أو العقوبات المقررة. هذا بخلاف الحال عند تعديل القواعد الجنائية فإنها دائما تكشف فى حد ذاتها عن تطوير فى سياسة التجريم أو سياسة العقاب. وكذلك الشأن عندما يتحقق الاندماج الكامل بين القاعدة غير الجنائية والقاعدة الجنائية إذا انصب التكليف بالأمر أو النهى الذى نصت عليه القاعدة الجنائية على ما ورد فى القاعدة غير الجنائية. مثال ذلك القاعدة الجنائية التى تعاقب على الأفعال التى تحددها لائحة صادرة بناء على قانون، ففى هذه الحالة يندمج التكليف الوارد فى القاعدة الجنائية فى الأمر المنصوص عليه فى القاعدة غير الجنائية. فإذا جاءت القاعدة الجنائية مثلا وعاقبت على بيع سلعة مسعرة، ثم صدر قرار وزير التموين بإلغاء التسعير الجبرى، اعتبر هذا القرار قانونا أصلح للمتهم لأنه يؤدى إلى إلغاء التكليف الوارد فى القاعدة الجنائية، بما ينطوى عليه من عدم تجريم البيع وفقا لهذا القانون الجديد. هذا بخلاف الحال فيما لو نص قرار وزير التموين على رفع سعر سلعة معينة، فإنه لا يعد قانونا أصلح للمتهم ببيع هذه السلعة بما يزيد

(١) انظر ما تقدم بند ٢٥.

عن التسعيرة، إذا ترتب على قرار وزير التموين اعتبار المتهم بائعا فى حدود السعر القانونى، وذلك لأن هذا القرار لم يترتب عليه إلغاء التكليف الوارد فى القاعدة الجنائية ولا يشير إلى العدول عن سياسة التجريم لأنه لا ينطوى على الرجوع عن السياسة الاقتصادية التى يحميها المشرع بالنسبة إلى هذه السلعة(١).

وفى ضوء هذا المعيار اتجهت محكمة النقض إلى البحث عن مدى تأثير القانون الجديد على سياسة التجريم والعقاب، فقضت بأن المقصود بالقانون الأصلح هو القانون الذى ينشئ للمتهم مركزا أو وضعا يكون أصلح له من القانون القديم، وأن قرار وزير التموين اللائحى الذى يقضى بتخفيض وزن الرغيف لا يقصد به رعاية جانب أصحاب المخابز ولا التيسير عليهم، وإنما تهدف الوزارة بإصداره إلى تحقيق اعتبارات اقتصادية بحتة تتصل بسياسة الحكومة(٢). وقضت بأن جدول التسعيرة الذى يرفع سعر السلعة لا يعد قانونا أصلح بالمعنى المقصود لأنه لم يلغ التسعيرة إلغاء، ولكنه يعد تنظيما للأثمان التى تعرض بها السلع المسعرة وفق مقتضيات الأحوال وتغيير ظروف العرض والطلب فى زمان ومكان محددين(٣) وقد عنيت محكمة النقض بأن تبرز اعتمادها فى تحديد القانون الأصلح على معرفة سياسة المشرع فى التجريم (أو العقاب) فقضت بأن تغيير مواصفات الردة لا يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم فى جريمة استخراج ردة معدة لرغيف العجين غير مطابقة للمواصفات لأن القرارات التموينية التى تحدد تلك المواصفات، لا تعدو أن تكون من قبيل التنظيمات التى تمليها تلك الظروف فى غير مساس بقاعدة التجريم أو العناصر القانونية للجريمة(٤).

وتختلف الحال إذا كان القانون الجديد غير الجنائى قد عدل كلية عن السياسة الاقتصادية التى كان يأخذ بها القانون القديم، دون أن يكون هذا العدول مرتبطا بظروف معينة كانت تحكم السياسة القديمة، بقدر ما يكون العدول مرتبطا بأهداف

(١) Decoq, p.133.

(٢) نقض ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٣، مجموعة الأحكام س٥ رقم ١٣ ص ٣٩، ٢١ فبراير سنة ١٩٥٦ س٧ رقم ٧٣ ص٢٤٣، ٣١ مايو سنة ١٩٦٦ س١٧ رقم ١٣٥ ص٧٣٢، ٧مارس سنة ١٩٦٧ س١٨ رقم ٦٩ ص٣٨٠، ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦٧ ص١٨ رقم ١١٠٥، ٨ يناير سنة ١٩٦٨ س١٩ رقم ٨ ص٣٩، مارس سنة ١٩٦٩ س٢٠ رقم ٦٨ ص ٣١٣.

(٣) نقض ٢٥ إبريل سنة ١٩٥٩، مجموعة الأحكام س٦ رقم ٢٦١ ص ٨٦٤.

(٤) نقض ١٣ يناير سنة ١٩٦٩، مجموعة الأحكام س٢٠ رقم ٢٥ ص١١٨، وانظر فى تقييم هذا القضاء محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية جـ١ سنة ١٩٦٣ ص ٨٩.

جديدة للسياسة العامة للدولة . ولهذا قضت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بأنه إذا أصدر وزير التموين قرارا بتقييد تداول بعض السلع بناء على سياسة تدخل الدولة فى الاقتصاد وتخطيطها وتوجيهها وإداراتها للحياة الاقتصادية واستبعادها لدور القطاع الخاص فى التنمية الاقتصادية . ثم ألغى هذا القرار بناء على اتجاه الدولة إلى تحرير الاقتصاد المصرى من القيود التى وضعت على الحرية الاقتصادية ، فإن هذا الإلغاء يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم(١) . وواضح فى هذه الحالة أن فلسفة تعديل السياسة الاقتصادية اقترنت فى ذلك الوقت بتعديل فلسفة التجريم .

ويسرى ذات الحكم القانونى السالف بيانه على القواعد غير الجنائية التى تحدد مراكز قانونية يعد توافرها لازما لتحديد وصف الجريمة ، أو لتشديد العقوبة على النحو الذى سبق إيضاحه(٢) . ففى هذه الحالة إذا عدل المشرع الجنائى عن اتخاذ هذه المراكز القانونية شرطا لتحديد وصف الجريمة أو تشديدها اعتبر ذلك تعبيرا عن تغيير سياسة التجريم والعقاب كما إذا استبعد بعض صور الموظف العام المنصوص عليها فى المادة ١١٩ مكررا ، أو استبعد بعض صور الجهات المالكة أو المشرفة أو المديرة للمال العام طبقا للمادة ١١٩ عقوبات . أما إذا عدّل المشرع غير الجنائى فى شروط توافر المركز القانونى مثال شروط تعيين الموظف العام أو شروط رقابة الجهة على المال العام أو شروط توافر الصفة اللازمة فى الظرف المشدد ، فإن هذا التعديل لا ينبئ عن تغيير فى سياسة التجريم والعقاب ولا يعد قانونا أصلح للمتهم .

ويلاحظ أنه فيما يتعلق بالنصوص ذات الطبيعة اللائحية ، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن إلغاء هذه النصوص فى المواد الاقتصادية ليس له أثر رجعى إلا إذا نص صراحة على غير ذلك(٣) . وقد أكدت هذه المحكمة منذ حكمها الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٩٨٧ على أنه فى المسائل الاقتصادية والجمركية ، لا يترتب على إلغاء النص اللائحى تطبيقه بأثر رجعى ولو كان فى صالح المتهم ؛ ما لم يكن هذا الإلغاء قد تم قبل رفع الدعوى الجنائية بل قبل إثبات الجريمة فى محضر ضبط الواقعة . إلا أن هذا الموقف الأخير لمحكمة النقض الفرنسية يعوزه الأساس القانونى

---

(١) الدستورية العليا فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٩٢ القضية رقم ١٢ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» ، العدد ٤٩ من الجريدة الرسمية فى ديسمبر سنة ١٩٩٢ .

(٢) انظر فيما تقدم بند ٢٥ .

(٣) Crim, 1 er Juin 1981, Bull, p. 179.

للربط بين الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم وإثبات الجريمة فى المحضر أو رفع الدعوى الجنائية عنها طالما لم يصدر قبل صدور القانون الأصلح للمتهم حكم بات بالإدانة(١) . ويجب أن ننظر دائما عما إذا كان إلغاء النصوص اللائحية ذات الطبيعة الاقتصادية يؤثر فى ضرورة استمرار التجريم أو العقاب من عدمه .

وفى ضوء ما تقدم يتعين فى مجال بحث القانون الأصلح للمتهم مراعاة التمييز بين نوعين من القواعد :

(١) قواعد غير جنائية (خالصة، أى لا تندمج فى القواعد الجنائية).

(٢) قواعد غير جنائية تندمج فى القواعد الجنائية.

فبالنسبة إلى القواعد غير الجنائية (الخالصة)، فإنها كما بينا من قبل(٢)، لا تعد من قانون العقوبات، وإن كان إعمالها شرطا مفترضا لقيام الجريمة . مثال ذلك تعديل شروط انعقاد الحجز فى جريمة تبديد المحجوزات، وتعديل شروط انعقاد عقود الأمانة فى جريمة خيانة الأمانة، وتعديل شروط صحة الشيك فى جريمة إصدار شيك بدون رصيد . فى هذه الحالات لا يندمج شق التكليف الوارد فى القاعدة الجنائية فى المركز القانونى الذى حددته القاعدة غير الجنائية ؛ لأن التجريم الذى تعبر عنه القاعدة الجنائية يتوقف على معيار الضرورة والتناسب الذى يتوقف عليه التدخل الجنائى، وهو ما لا يتطابق مع معيار التدخل بالحماية غير الجنائية . ومن ثم فإن أى تعديل فى القواعد غير الجنائية سالفة الذكر بما ينطوى على شروط توافر المراكز القانونية التى ولدت مصالح يحميها قانون العقوبات لا يمكن أن يعد قانونا أصلح للمتهم ؛ طالما أن المصلحة المحمية بالقانونين الجنائى وغير الجنائى المتولدة من المركز القانونى ما زالت واحدة لم تتغير . وقد ثار البحث بمناسبة صدور القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة الذى استحدث تنظيم أحكام الشيك ونص فى إطار هذا التنظيم فى المادة ٤٧٥ منه على أن الصك المسحوب فى

---

(١) Crim, 16 Mars 1987, Bull, p. 125.
Crim, 10 Mai 1989, Bull, p. 187.
Crim, 7 Juin 1990, Bull, p. 232.

وانظر: Merle et Vitu, T. 1, op. cit., No.273, p.365,366.

(٢) انظر ما تقدم بند ٣١ .

صورة شيك على غير بنك أو المحرر على غير نماذج البنك المسحوب عليه لا يعد شيكا، فقد قضت إحدى دوائر محكمة النقض بأن القانون الجديد قد ألغى بذلك ما كان يعتد به العرف من قبل من جواز سحب الشيك على غير نماذج البنك المسحوب عليه، وأنه طالما أخرج قانون التجارة الجديد الصك المسحوب فى صورة شيك والمحرر على غير نماذج البنك المسحوب عليه من عداد الشيكات، وكانت الحماية الجنائية تنحسر عن كل محرر لا تتوافر فيه شروط اعتباره شيكا، فإن القانون الجديد يعد هو الأصلح للمتهم بإصدار شيك محرر على غير نماذج البنك المسحوب عليه. وأضافت هذه الدائرة من محكمة النقض أنه لا يعد من تطبيق القانون الأصلح للمتهم ما نصت عليه المادة الثالثة من مواد إصدار قانون التجارة الجديد من إرجاء العمل بالأحكام الخاصة بالشيك حتى أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠، استنادا إلى قواعد القانون الأصلح للمتهم تسرى من يوم صدوره طبقا للفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات بغض النظر عن ميعاد سريانه[١].

واتجهت دائرة أخرى من دوائر محكمة النقض إلى تبنى وجهة نظر مغايرة لوجهة نظر الدائرة الأولى، تأسيسا على أن الشيكات التى صدرت قبل أكتوبر ٢٠٠٠ تظل خاضعة لحكم المادة ٣٣٧ عقوبات التى عاقبت على إصدار شيك بدون رصيد، ولا يمتد إليها حكم القانون الجديد بأثر رجعى - حتى لو كان أصلح للمتهم - لتخلف مناط إعمال هذا الأثر[٢].

وجاءت الهيئة العامة للمواد الجنائية فحسمت هذا الخلاف مؤكدة أن المشرع لم يقصد أن ينفى عن الشيكات التى صدرت قبل العمل بأحكامه هذه الصفة لمجرد مخالفتها للقواعد التى استحدثها، بل اعتد بتلك الشيكات متى استوفت شرائطها وفقا للقواعد القانونية السارية وقت إصدارها، وعمد إلى تأكيد سلامتها وصحتها، فقد نص فى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من مواد الإصدار على أنه «تطبق على الشيك الصادر قبل هذا التاريخ الأحكام القانونية المعمول بها في تاريخ إصداره، إذا كان ثابت التاريخ أو تم إثبات تاريخه قبل أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠» ومن ثم، فإنه متى

(١) نقض ٩ يونية سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٧٣٦٠ لسنة ٦٣ قضائية، دائرة الأربعاء «ج».
(٢) نقض ١٤ يونية سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٣٣٠٥ لسنة ٦٤ قضائية.

اعتبرت الورقة شيكا طبقا للقانون السارى قبل نفاذ نصوص الفصل الخاص بأحكام الشيك فى قانون التجارة الجديد، فإن إعطاءه دون أن يكون له رصيد قائم وقابل للسحب يشكل فعلا مجرما[1].

وهذا الذى قضت به الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض يعبر عن صحيح القانون بشأن خضوع القواعد غير الجنائية للقانون الذى يحكمها كأصل عام، طالما أن نية المشرع لم تنصرف إلى عكس ذلك. فمن البديهى أن محكمة النقض حين تعمل الأحكام القانونية تكون قد فسرت هذه الأحكام بما يعنى انصرافها إلى القواعد غير الجنائية الخالصة التى تحكم شروط توافر المركز القانونى المتولد عن إصدار الشيك. ولو رأت محكمة النقض غير ذلك لاعتبرتها قواعد جنائية لا يطبق منها بأثر رجعى إلا ما هو فى صالح المتهم. ذلك أن القواعد غير الجنائية الخالصة تخضع لقانونها لأن تعديلها لا ينطوى على تعديل فى سياسة التجريم والعقاب. والواضح من قانون التجارة الجديد أن المركز القانونى لحامل الشيك ما زالت مصالحه تتمتع بالحماية القانونية مثلما كانت عليه الحال قبل هذا القانون، وأن ما أثير حول الشيك الخطى كان يتعلق بشروط توافر المركز القانونى المتولد عن الشيك لا بالحماية الجنائية للحقوق المتولدة عن هذا المركز القانونى[2]. ويلاحظ أن بعض الأحكام الواردة فى قانون التجارة الجديد تنصرف إلى الحماية الجنائية للشيك وتعد من القواعد الجنائية، مثل المادة ٥٣٤ من قانون التجارة الجديد التى أجازت الحكم بعقوبة الغرامة بدلا من الحبس، بعد أن كان الحبس وجوبيا طبقا للمادة ٣٣٧ عقوبات[3]، فإنها تعد قانونا أصلح للمتهم. ولا يحتاج النص على ذلك إلى حكم صريح فى القانون لأن رجعية القانون الأصلح للمتهم تتمتع بقيمة دستورية، ويجب تفسير نصوص التشريع بما يتفق مع أحكام الدستور[4].

---

(١) نقض الهيئة العامة للمواد الجنائية فى ١٠ يونية سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٩٠٩٨ لسنة ٦٤ قضائية.

(٢) ونتوقع أن يستمر الجدل بعد العمل بقانون التجارة الجديد حول ما إذا كانت المصلحة المحمية جنائيا تتوقف على توافر المركز القانونى وفقا لكافة الشروط التى يتطلبها القانون التجارى، أم يكفى توافر الشروط التى تقيم هذا المركز القانونى من حيث الظاهر.

(٣) نقض ٣ يونية سنة ١٩٩٩ فى الطعن رقم ١٢٢٩٩ لسنة ٦٤ قضائية، غير منشور.

(٤) قارن عكس ذلك الدكتور محمود كبيش فى الحماية الجنائية للشيك فى ظل قانون التجارة الجديد طبعة ٢٠٠٠، ص ٥٦.

أما القواعد غير الجنائية التى تندمج فى القواعد الجنائية، فإنها تحكم شق التكليف الوارد فى القاعدة الجنائية. فإذا نصت قاعدة جنائية على معاقبة من يخالف أفعالا محدد صدرت بقرار لائحى، فإن إلغاء هذا القرار أو تعديله بما ينطوى على إباحة هذه الأفعال، يندرج تحت مفهوم القانون الأصلح للمتهم؛ لأن استبعاد هذه الأفعال من شق التكليف الوارد بالقاعدة الجنائية يكشف قصد المشرع فى إخراجها من دائرة التجريم، وهو قصد لا تجوز مصادرته فيه. ومن قبيل ذلك القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ بتعديل قانون الضريبة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١، فقد ألغى هذا القانون - بأثر رجعى - المادة ١١ من قرارات رئيس الجمهورية التى صدرت تنفيذا للفقرة الرابعة من المادة الثالثة بقانون الضريبة على المبيعات، والتى كانت تنص على تخويل رئيس الجمهورية حق تعديل الجدولين رقمى (١) و(٢) المرافقين للقانون المذكور واللذين يحددان سعر الضريبة على السلع والخدمات. وجاء الإلغاء بأثر رجعى اعتبارا من تاريخ العمل بهذه القرارات. فمؤدى هذا الإلغاء أن النشاط محل التجريم الذى كان منصوصا عليه فى القرارات الجمهورية التى ألغيت بأثر رجعى - ينطوى على إباحة هذا النشاط، مما يجعله قانونا أصلح للمتهم. ولا يغير من هذا الوضع أن القانون الجديد رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ قد أدمج القرارات الجمهورية الملغاة فى نصوصه ونص على تطبيقها بأثر رجعى، فإن هذا التطبيق لا يسرى فى حق المتهم تطبيقا لمبدأ عدم رجعية قانون العقوبات.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الدعوى الدستورية التى تهدف إلى الحكم بعدم دستورية القرارات الجمهورية التى ألغيت بأثر رجعى بالقانون ٢ لسنة ١٩٩٧ لا يتوافر فيها شرط المصلحة الشخصية؛ لأن إبطال النص التشريعى فى هذه الحالة لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية[1]. وواقع الأمر أن الفائدة العملية قد عادت على المدعى بمجرد إلغاء القرارات الجمهورية سالفة الذكر بأثر رجعى دون أن يتوقف الأمر على الحكم بعدم دستوريتها[2].

---

(١) دستورية عليا في ١٢ مارس سنة ٢٠٠١ في القضية رقم ٩٧ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، وأيضا في ذات الجلسة الدعاوى ١٠٠، ١٠٤، ١١١ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، ٥، ١١٠، ١٥٨، ١٦٦ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٢) راجع أيضا ما تقدم بند ٢٦.

٥٣ـ القانون الذى يجمع بين قواعد فى صالح المتهم وأخرى فى غير صالحه

إذا جمع القانون الواحد ـ أو النص القانونى الواحد ـ بين قواعد قانونية بعضها فى صالح المتهم وأخرى فى غير صالحه، فكيف يمكن الوصول إلى الحل؟

يختلف الحل باختلاف ما إذا كان القانون قابلا للتجزئة أو غير قابل لذلك. ويكون القانون قابلا للتجزئة إذا كان يمكن تطبيق بعض نصوصه فى معزل عن النصوص الأخرى. مثال ذلك القانون الجديد الذى يجيز وقف تنفيذ العقوبة فى أحد نصوصه، ويجيز عقوبة الحبس ـ التى لم تكن منصوصا عليه فى القانون القديم ـ فى نص آخر. فى هذه الحالة يعد القانون الجديد أصلح للمتهم فيما يتعلق بالنص الذى يجيز وقف التنفيذ.

أما القانون ـ أو النص ـ غير القابل للتجزئة، فهو الذى يتضمن قواعد تعبير فى مجموعها كيانا واحدا لا يتجزأ. مثال ذلك القانون الجديد الذى يجعل العقوبة التكميلية الوجوبية المنصوص عليها فى القانون القديم ـ عقوبة تكميلية جوازية، إلا أنه يضاعف مدة هذه العقوبة. فى هذه الحالة يتعذر تجزئة هذا القانون ومعرفة ما هو فى صالحه بطريقة مجردة "in concreto". هنا يتعين تحديد أى القانونين أصلح للمتهم فى ضوء ظروف الدعوى. فإذا رأت المحكمة أخذ المتهم بالرأفة طبقت القانون الجديد فيما يتعلق باعتبار العقوبة التكميلية جوازية، يمكنها ألا تحكم عليه بهذه العقوبة تطبيقا لما رخص لها به القانون الجديد. أما إذا رأت المحكمة أن ظروف الدعوى تتطلب الحكم بالعقوبة التكميلية جاز لها أن تطبق القانون القديم فيما يتعلق بمدة هذه العقوبة، لأن القانون الجديد الذى ضاعف هذه المدة ليس فى صالح المتهم. وكذلك أيضا إذا كان القديم يعاقب بالحبس والغرامة معا، ثم جاء القانون الجديد فخفف من الحد الأدنى لعقوبة الحبس ورفع قيمة الغرامة فى حديها الأدنى والأقصى، فيطبق القاضى القانون الجديد برمته على أساس أنه الأصلح للمتهم، باعتبار أن العبرة فى المقارنة تكون بالنظر إلى نوع العقوبة الأصلية وفقا لترتيبها فى القانون (المواد ١٠ و١١ و١٢ عقوبات)، ومن ثم فإن عقوبة الغرامة مهما ارتفع قدرها أخف دائما من عقوبة الحبس فى نظر القانون[1].

---

(١) نقض ١٠ ديسمبر سنة ١٩٨٤، مجموعة الأحكام س٣٥ رقم ١٩٥ ص ٨٨٥.
نقض ١٦ مايو سنة ١٩٩١، مجموعة الأحكام س ٤٢ رقم ١١٧ ص ٨٤٠.

والواقع من الأمر، فإن تقدير مدى قابلية القانون - أو النص - للتجزئة يتم بحسب الأصل فى ضوء معايير تنبثق من العلاقة المنطقية بين مختلف النصوص، والتوازن الذى يتوخاه الشارع بينهما، والسياسة الجنائية التى يتوخاها المشرع. إلا أنه يتعين إحداث هذا التقدير فى ضوء احتمالات تطبيق النص على شخص معين، وليس بصفة مجردة. فإذا تبين للمحكمة أن القواعد التى نص عليها لصالح المتهم وتلك القواعد التى نص عليها فى غير صالحه تعد معا كيانا غير قابل للتجزئة، فإن القاضى يجب أن يحترم مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات الذى جاء فى غير صالح المتهم، مما يتعين معه عدم مساءلة المتهم عن فعل لم يكن جريمة وقت ارتكابه، ولا تطبق عقوبة أشد مما كان منصوصا عليه وقت مقارفة هذا الفعل.

٥٤ - التنازع بين القوانين المتتابعة

لا تتنازع القوانين إلا بقدر تعارضها، فإذا كانت الجريمة التى أنشأها القانون السابق هى ذاتها التى هدمها القانون الجديد، فإن وجودها وانعدامها يتصادمان، فلا يستقيم اجتماعهما، ولا يطبق سوى القانون الأصلح للمتهم.

فقد يحدث بعد وقوع الجريمة وقبل صدور حكم بات فى الدعوى الجنائية أن يصدر أكثر من قانون للعقوبات يكون الأول أصلح للمتهم، ويكون الثانى فى غير صالحه. فى هذه الحالة يتعين تطبيق القانون الأصلح للمتهم بين هذه القوانين المتتابعة[١]. فتكون المقارنة بين القانون الأول والقانون الثانى لتحديد ما هو أصلح للمتهم بين الاثنين، ثم تكون المقارنة بين القانون الأصلح للمتهم منهما والقانون الثالث، فلا يطبق من بينهما غير القانون الأصلح منهما.

٥٥ - نطاق تطبيق مبدأ عدم الرجعية على قواعد الإجراءات الجنائية

أكدنا فيما تقدم أن الشرعية الجنائية تحكم قانون الإجراءات الجنائية باعتبار أن ما ينظمه من إجراءات يمس الحقوق والحريات. ولذلك، فإن هذا القانون يطبق بأثر فورى على جميع الإجراءات التى تتم بعد العمل به، ولو كانت بشأن جرائم وقعت

(١) Crim., 23 Nov. 1983, Bull., No. 34.

قبل العمل به[١]. ومن ناحية أخرى، فإن كل إجراء تم صحيحا فى ظل قانون معين، يظل صحيحا خاضعا لأحكام هذا القانون، ولا يؤثر فى صحته صدور قانون جديد يعدل من شروط صحة هذا الإجراء[٢]. فمثلا إذا كان إذن التفتيش الصادر من النيابة العامة صحيحا وفقا لقانون معين، فإنه لا يؤثر فى صحته صدور قانون جديد يعدل فى شروط هذا الإذن[٣]. ومن ناحية أخرى، فإن الإجراء الذى وقع باطلا فى ظل قانون معين يبقى باطلا ولو صدر قانون لاحق يعد الشرط الذى بوشر بمقتضاه كافيا لصحته قانونا، لأن هذا الشرط يحكم الإجراءات التى تتم بعد القانون الجديد لا قبله[٤].

على أن تطبيق هذه القاعدة ليس أمرا سهلا فى جميع الأحوال، فقد أثار بعض الصعوبة فيما يتعلق بقوانين التنظيم القضائى والاختصاص، والقوانين المتعلقة بمباشرة الدعوى الجنائية، والقوانين المتعلقة بنظام الأدلة، والقوانين المتعلقة بإصدار الأحكام والقوانين المتعلقة بطرق الطعن، وفيما يأتي بيان لما أثير فى هذا الصدد.

١ـ قوانين التنظيم القضائى والاختصاص

استقر القضاء فى مصر على أن تطبق قواعد التنظيم القضائى والاختصاص بأثر فورى على الخصومة الجنائية القائمة. فإذا عدل القانون من اختصاص محكمة قائمة بنقل بعض ما كانت تنظره من الدعاوى طبقا للقانون القديم إلى محكمة أو إلى جهة قضاء أخرى، فإن هذه الجهة الأخيرة تصبح مختصة ولو كانت الدعاوى قد رفعت إلى المحكمة الأولى بالفعل طالما أنه لم يفصل فيها بحكم غير قابل للطعن

---

(١) Léauté, Les principes généraux rélatifs aux droits de la défense, Rev. Sc. crim op. cit., p 50. Stefani, Levasseur et Bouloc, Procédure Pémale, Dalloz, 17 e édition, 2000, p. 9.

(٢) نصت المادة الثانية من قانون المرافعات على أن كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك.

(٣) نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٥٢، مجموعة الأحكام س٤ رقم ٤٤ ص ١٠٥، ١١ نوفمبر سنة ١٩٥٢ رقم ٥١ ص ١٢٧، ٦ يونية سنة ١٩٥٣ س٤ رقم ٣٣٢ ص ٩١٩.

(٤) قارن مع ذلك قضاء منتقد فى نقض ٧ مايو سنة ١٩٥٧، مجموعة الأحكام س٨ رقم ١٣٠ ص٤٧١، ٢٥ نوفمبر س٩ رقم ٢٣٩ ص ٩٨٦ حيث صححت محكمة النقض بطلان التحقيق الذى أجراه معاون النيابة على أساس صدور القانون رقم ٦٣٠ لسنة ١٩٥٦ بعد التحقيق يجيز لمعاون النيابة إجراء تحقيق برمته.

(حكم بات)[1]، وذلك كله ما لم ينص الشارع على أحكام وقتية تنظم مرحلة الانتقال فهى وحدها التى تطبق فى هذه الحالة[2]. وقد ذهب القضاء الفرنسى إلى تطبيق هذا المبدأ ذاته، إلا أنه أوجب لتطبيق القانون بأثر فورى ألا تكون الدعوى قد صدر فيها حكم فى الموضوع من محكمة أول درجة. ففى هذه الحالة يرى الفقه والقضاء الفرنسى أنه بصدور هذا الحكم - سواء لصالح المتهم أو ضده - فإن المتهم يكتسب حقا فى استمرار محاكمته عند الطعن فى ذلك الحكم أمام ذات الجهاز القضائى حتى تنتهى الخصومة بحكم بات[3]. وترى محكمة النقض المصرية عكس ذلك، فقضت بأنه متى نقض الحكم وأحيلت القضية إلى محكمة الجنايات، فإن ذلك يستوجب عرضها على محكمة الجنايات المشكلة وفقا لأحكام القانون السارية وقت نظر الدعوى من جديد[4].

وفى رأينا أن دقة المشكلة تبدو عندما يترتب على تعديل قوانين التنظيم القضائى، والاختصاص إنقاص أحد حقوق المتهم أو ضماناته. مثال ذلك أن يصدر قانون بتقليل عدد قضاة المحكمة، أو نقل اختصاصها إلى لجنة إدارية، أو إلى محكمة استثنائية. والعبرة هى فيما إذا كان القانون الجديد قد انتزع الدعوى من

---

(١) نقض ٨ فبراير سنة ١٩٧٦، مجموعة الأحكام س٢٧ رقم ١٣٥ ص١٧٤، وانظر نقض ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٠ س١١ رقم ١٦١ ص٨٣٦.
وانظر: Crim. 3 May 1984 (Bull. crim no. 156).

(٢) مثال ذلك القانون رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٥٦ بإلغاء الأحكام العرفية، فقد نصت المادة الثانية منه على إحالة قضايا الجنايات التى لم تبدأ المحاكم العسكرية فى نظرها إلى محاكم الجنايات، وكذلك فإن المادة ٥٥٥ من قانون تشكيل محاكم الجنايات لسنة ١٩٠٥ (الملغى) قد نص على أن تسرى أحكام هذا القانون على كل قضية جنائية لم تكن رفعت للمحاكم الجنائية الحالية قبل أول فبراير سنة ١٩٠٥. ومقتضى هذا النص أن المحاكم القديمة، يجب أن تستمر فى نظر الجنايات التى رفعت إليها من قبل. كما أن المادة ٥٥/ ٣ من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ قد نصت على استمرار محاكم الجنح فى نظر الجنايات المحالة إليها لاقترانها بعذر قانونى أو ظرف قضائى مخفف، وذلك رغم أن القانون الجديد قد جعل الاختصاص بالفصل فى هذه الجنايات للمستشار الفرد أو محكمة الجنايات. كما أن المادة ٥/ ٢ من ذات القانون قد استثنت من اختصاص المستشار الفرد بنظر بعض الجنايات ما سبق عرضه على محكمة الجنايات وكان صالحا للفصل فيه فى ذات الدور.

(٣) Crim 14 Nov. 1931, Sirey 1933-1-199; 20 Juin 1946, J C.P. 1947 -2-3391; 23 Mars 1960, Bull. 164; 17 Oct. 1962, Bull. No. 276.

(٤) نقض ٨ فبراير سنة ١٩٧٦، مجموعة الأحكام س٢٧ رقم ١٣٥ ص ١٧٤، وانظر نقض ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٠ س١١ رقم ١٦١ ص ٨٣٦.

قاضيها الطبيعى أم لا ، وما إذا كانت الإجراءات المقررة أمام المحكمة الجديدة قد أنقصت من الضمانات التى كانت مقررة له فى القانون القديم أم لا .

٢ ـ القوانين المتعلقة بمباشرة الدعوى الجنائية

قد ينشئ القانون الجديد قيدا على مباشرة النيابة العامة للدعوى الجنائية . مثال ذلك النصوص التى تقيد حرية النيابة العامة فى تحريك الدعوى الجنائية ، بأن يشترط لذلك تقديم شكوى من المجنى عليه أو طلب أو إذن من الجهة التى يحددها القانون (المواد من ٣ إلى ١٠ من قانون الإجراءات الجنائية) . وقد ذهب البعض إلى تطبيق هذا القانون بأثر فورى ولو لم يكن فى صالح المتهم(١) . بينما ذهب رأى آخر إلى أن هذا القانون يدخل فى أحكام قانون العقوبات لتعلقه بحق الدولة فى العقاب ، طالما أنه لا يمكن الوصول إلى ممارسة هذه السلطة بدون الدعوى الجنائية(٢)، ولذلك فإن هذا القانون يطبق بأثر رجعى إذا كان فى صالح المتهم . فمثلا إذا كانت الدعوى الجنائية قد حركت بغير شكوى من المجنى عليه ثم صدر قانون يعلق قبولها على شكوى من المجنى عليه ، وجب تطبيق القانون بوصفه الأصلح للمتهم . ولم تأخذ محكمة النقض الفرنسية بهذا الأمر(٣) .

ومن قبيل القوانين المتعلقة بمباشرة الدعوى الجنائية ما ينص على ترك الدعوى الجنائية . مثال ذلك القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ الذى أضاف فقرة ثانية إلى المادة ٢٦٠ من قانون الإجراءات الجنائية تنص على أنه إذا كانت الدعوى قد رفعت بطريق الادعاء المباشر فإنه يجب فى حالتى ترك الدعوى المدنية واعتبار المدعى بالحقوق المدنية تاركا دعواه، الحكم بترك الدعوى الجنائية ما لم تطلب النيابة العامة الفصل فيها . فقد قضت محكمة النقض بتطبيق هذا النص من تلقاء نفسها بوصفه قانونا

(١) مأمون سلامة ، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض ، طبعة ١٩٨٠ ص ٣٥، وانظر نقض ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٣ ، مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ عاما رقم ٢٢ ص ٩٢٠ .

(٢) محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة التاسعة سنة ١٩٦٤ ص٢٦ . قارن مع ذلك نقض ٩ إبريل سنة ١٩٥٧ ، مجموعة الأحكام س٨ رقم ١٠٧ ص ٣٩٦ . وانظر السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة فى قانون العقوبات، طبعة ١٩٥٧ ص ١١٦ .

(٣) انظر : Crim., 9 Avril. 1970, Bull., IIS.

وانظر : Merle et Vitu, T. 1, No. 277, p. 373.

أصلح للمتهم على واقعة الدعوى الجنائية المطعون فى حكمها بالنقض رغم أن ترك الدعوى المدنية كان قد تم من قبل أمام محكمة الموضوع[1].

٣ ـ انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح

وكذلك الشأن فيما ينص عليه المشرع بشأن انقضاء الدعوى الجنائية. مثال ذلك القانون رقم ١٧٤ سنة ١٩٩٨ الذى أضاف مادة جديدة برقم ١٨ مكرر (أ) إلى قانون الإجراءات الجنائية تجيز للمجنى عليه ولوكيله الخاص فى نوع معين من الجنح وردت على سبيل الحصر أن يطلب إلى النيابة العامة إثبات صلحه مع المتهم، ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح. فقد طبقت محكمة النقض هذا النص بأثر رجعى بوصفه قانونا أصلح للمتهم[2]. تأسيسا على أن قاعدة الصلح الجنائى تعتبر قاعدة موضوعية من شأنها تقييد حق الدولة فى العقاب[3].

٤ ـ القوانين المتعلقة بالإثبات

قد يصدر القانون الجديد معدلا الأحكام المتعلقة بعبء الإثبات أو بالوسائل المستعملة للإثبات أو بحجية العناصر المقدمة للإثبات، فما أثر هذا القانون؟ يذهب الرأى الراجح فى الفقه والقضاء إلى أن أدلة الإثبات أمر قريب من موضوع حق العقاب، ومن ثم فإن القوة المعدلة لإجراءات الإثبات تخضع لمبدأ عدم الرجعية[4]. ولذلك ذهب رأى إلى أنه إذا كان الإثبات المنظم بقانون يتعلق بعنصر أو ركن فى

---

(١) نقض ١٠ فبراير سنة ١٩٩٩ القضية رقم ٢١٢٤٧ سنة ٦٣ قضائية.

(٢) نقض أول فبراير سنة ١٩٩٩ فى الطعن رقم ٣٨٤٨ سنة ٦١ قضائية.

(٣) نقض ٣ يونية سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٤٦٧٠ لسنة ٦٤ قضائية تطبيقا لنص المادة ٥٣٤/ ٤ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة والذى نص فى الفقرة الرابعة من المادة ٥٣٤ منه على حق المجنى عليه ووكيله الخاص فى الجرائم المنصوص عليها فى المادة ٥٣٤ من هذا القانون (ومنها جريمة إصدار شيك بدون رصيد) أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال وفى أية حالة كانت عليها كدعوى إثبات صلحه مع المتهم ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريقة الادعاء المباشر.

(٤) G. Levasseur, Un probléme d'application de loi pénale dans le temps, Rev. Sc. Crim., 1966, PP. 1 ets.

وانظر: Paris, 8 Janvier 1941, Sirey 1941-4-30.

الجريمة فينطبق بأثر رجعى إذا كان فى صالح المتهم، أما عدا ذلك من إجراءات مثل النصوص الخاصة بحجية بعض المحاضر فإنها تطبق بأثر فورى[1].

ويرى البعض[2] أن قانون الإثبات الجنائى يحكمه القانون المعمول به لحظة تقديم الدليل مع مراعاة أن الأدلة المتوافرة قبل القانون الجديد والتى تنال قيمة فى الإثبات وفقا للقانون القديم تحتفظ بها طالما تكونت فى ظل هذا القانون.

٥ ـ القوانين المتعلقة بإصدار الأحكام

تخضع الأحكام لإجراءات وأشكال معينة، فماذا يكون الحل لو صدر قانون جديد بتعديل هذه الإجراءات أو الأشكال، كأن يعدل القانون الجديد فى بيانات الحكم أو فى كيفية تسببه أو توقيعه أو فى الأغلبية المقررة لإصداره. الأصل أن القانون يسرى بأثر مباشر على الأحكام التى تصدر فى ظله. وقد واجه القضاء المصرى مشكلة قانونية بشأن تأثير الأغلبية المطلوبة لإصدار الحكم. فقد صدر القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية، واشترط فى الحكم الذى تصدره محكمة الجنايات بإعدام المتهم أن يصدر بإجماع آراء أعضاء المحكمة (المادة ٣٨١/ ٢ إجراءات). وقد قضت محكمة النقض[3] بأن هذا القانون لا يمس أساس الحق فى توقيع عقوبة الإعدام ذاتها، بل اقتصر على تنظيم إجراءات الحكم بهذه العقوبة، وبالتالى يطبق بأثر فورى ولا يستفيد المتهم طبقا للمادة الخامسة عقوبات بشأن رجعية القانون الأصلح للمتهم. وواقع الأمر، أن تطبيق القانون الجديد الذى اشترط إجماع آراء المحكمة عند الحكم بالإعدام يترتب عليه الحكم بعقوبة أقل من الإعدام عند توافر الأغلبية فقط، ومن ثم فإن مقدار العقوبة يتأثر نزولا أو صعودا بمقدار عدد القضاة الذى يصوت نحو عقوبة معينة، ومن ثم فإن هذا القانون يؤثر بطريق غير مباشر فى نوع العقوبة المحكوم بها ويسرى عليه ما يسرى على القوانين المعدلة للعقوبات[4].

---

(١) مأمون سلامة، المرجع السابق ص ٣٧.

(٢) Merle et Vitu., T.1., op. cit., No 278, p. 374.

(٣) نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٢، مجموعة الأحكام س١٣ رقم ١٩٢ ص ٧٨٩.

(٤) نادينا بهذا الرأى فى تعليقنا على هذا الحكم بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٦٢ ص٤٧٩ وما بعدها. =

٦ ـ القوانين المتعلقة بطرق الطعن

استقر القضاء فى مصر وفرنسا على أن طرق الطعن فى الأحكام الجنائية ينظمها القانون القائم وقت صدور الحكم(١). فإذا ألغى القانون الجديد طريقا من طرق الطعن فإنه لا يسرى من يوم العمل به إلا على الأحكام الصادرة بعد هذا التاريخ. كما لا يؤثر القانون الجديد بطبيعة الحال على الطعون التى رفعت قبله ويتعين الاستمرار فى نظرها وفقا للإجراءات المقررة فى القانون القديم(٢). وأساس هذه القاعدة أن الحكم متى صدر أصبح فى حد ذاته قابلا للطعن وفقا للقانون المعمول به وقت صدوره. وما القابلية للطعن إلا امتداد لحق التقاضى الذى كفله الدستور والقانون. فلا يجوز للقانون الجديد أن يمتد بأثر رجعى ليحرم الخصوم من هذا الحق إذا كفله القانون القديم. وإذا استحدث القانون الجديد طريقا من طرق الطعن بدأ وقت صدور الحكم فإنه يسرى عليه بأثر فورى، كما أن القانون الجديد إذا اقتصر على تعديل الأوضاع المنظمة لممارسة حق الطعن كالمواعيد أو الإجراءات، فإنه يطبقه بأثر مباشر على الأحكام القابلة لهذا الطعن طالما لم يكن قد بوشر بعد قبل صدور القانون الجديد. وقد نصت المادة ١٢٢/ ٣ من قانون العقوبات الفرنسى على أن التشريعات المتعلقة بطبيعة وحالات فتح طرق الطعن ومواعيد مباشرتها تنطبق على الأحكام الصادرة بعد العمل بهذه التشريعات.

٧ ـ القوانين المتعلقة بالتقادم

قد يصدر قانون جديد بتعديل بعض الأحكام المتعلقة بانقضاء الدعوى الجنائية

= وانظر التعليق الذى نشرناه باللغة الفرنسية على هذا الحكم بعنوان:

A propos de l'application de la loi pénale dans le temps; la régle de l'unanimité dans la condamnation en R.A.U. Rev. sc Crim 1966, pp. 821 et S.

وانظر فى تأييد هذا الاتجاه الأستاذ ليفاستر:

Un probléme d'application de la loi pénale dans le temps, Rev. Sc. Crim., 1966, p.11 et S.

وانظر فى تأييد هذا الاتجاه الأستاذ ليفاستر:

Un probléme d'application de la loi pénale dans le temps, Rev. Sc. Crim., 1966, p.11 et S.

ومأمون سلامة فى المرجع السابق ص ٣٨.

(١) نقض ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٢، مجموعة الأحكام س٤ رقم ٨٦.

(٢) حكم بأن إلغاء حق المعارضة فى الأحكام التى كانت تصدر من محكمة النقض بمقتضى القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩، يسرى منذ نفاذه على الدعاوى التى لم يكن قد تم الفصل فيها (نقض ٢ أكتوبر سنة ١٩٦٢، مجموعة الأحكام س١٣ رقم ١٤٨ ص ٥٩٠)، وانظر نقض ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٢، مجموعة الأحكام س٣ ص ٨٦٤.

بالتقادم سواء بزيادة المدة أو بإنقاصها أو بتعديل شروط احتساب المدة أو قطع التقادم أو وقف سريانه أو الآثار المترتبة عليه . وقد ذهب رأى إلى تطبيق هذا القانون بأثر فورى سواء كان لصالح المتهم أو ضده، وذلك بالنسبة إلى الجرائم التى سبق ارتكابها قبل العمل به . وقد ترددت محكمة النقض الفرنسية فى هذا الشأن، فبعد أن كانت تميل إلى عدم رجعية هذه القوانين إلا إذا كانت فى صالح المتهم، فإنها قد انتهت إلى تطبيقها على التقادم الذى لم يتم بعد سواء كان القانون الجديد فى صالح المتهم أم لا [(1)]. ثم جاء قانون العقوبات الفرنسى الجديد فوحد بين أحكام تقادم العقوبة وتقادم الحق فى الدعوى الجنائية، فنص فى المادة ١١٢/ ٣ و٤ على أن يطبق بأثر حال قوانين التقادم المتعلقة بالدعوى الجنائية وبالعقوبات إذا لم يكن التقادم قد استكمل بعد، إلا إذا ترتب على ذلك تسوىء مركز المتهم. وطبقا لهذا النص، فلا يسرى بأثر رجعى القانون المعدل لمدد تقادم الدعوى الجنائية الذى يسوئ مركز المتهم، كما إذا أطال مدة التقادم[(2)]. واستخلص الفقه من هذا النص أنه إذا كان قانون تقادم الدعوى الجنائية الجديد أصلح للمتهم، فإنه يطبق بأثر مباشر كما إذا قلل من مدة التقادم أو قيد أو ألغى انقطاع أو وقف التقادم[(3)]. ونحن نؤيد هذا الاتجاه على أساس أن حق الدولة فى العقاب لا يمارس إلا من خلال الحق فى الدعوى الجنائية، مما مقتضاه أنه لا عقوبة بغير دعوى جنائية الأمر الذى يحتم أن يخضع تقادم كل من الاثنين لقواعد واحدة من حيث عدم الرجعية كمبدأ عام، أو الرجعية إذا كان القانون الجديد فى صالح المتهم[(4)] .

ويسرى ذات المبدأ المتقدم على تقادم العقوبة . هذا وقد جاء القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٩٧ فعدل المادة ٥٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية بأن اعتبر وجود المحكوم عليه فى الخارج مانعا يوقف سريان مدة تقادم العقوبة . ولا شك فى أن هذا النص يعد أسوأ للمتهم الموجود فى الخارج إذا كان تقادم العقوبة قد بدأ قبل العمل بالقانون الجديد .

---

(١) Crim., 24 Oct. 1956, Bull No.675, 16 Oct. 1957, Bull No.64, 312 Mai 1959, Bull, No 260.
(٢) قضى بأن هذا النص لا يتعلق إلا بالتشريعات اللاحقة على قانون العقوبات الفرنسى الجديد .
(Crim. 2 Décembre 1998, Bull. no. 329)
(٣) Merle et Vitu., T.I., op cit., No.283, p.379.
(٤) انظر نقض ٧ فبراير سنة ١٩٥٢، مجموعة الأحكام س٣ رقم ١٨٣ ص ٤٨١ .

٥٦ - القوانين المتعلقة بتنفيذ العقوبات

يمتد نطاق مبدأ الشرعية الجنائية إلى قواعد تنفيذ العقوبات، باعتبار أن مضمون العقوبات لا يتحقق إلا بالتنفيذ. فماذا يكون الحل لو صدر قانون جديد يتعلق بتنفيذ العقوبات متضمنا تعديلا فى إجراءات تنفيذ العقوبات السالبة للحرية أو العقوبات المالية، مثل قواعد الإفراج الشرطى أو قواعد الإكراه البدنى لتنفيذ الغرامة[١]، أو قواعد تفريد التنفيذ العقابى، أو قواعد جب العقوبات.

إن الإجابة عن هذا السؤال تتوقف على مدى تحديد مضمون العقوبات فى ضوء أساليب التنفيذ. فكلما كانت شدة العقوبة أو ضآلتها تتوقف على كيفية تنفيذها، كان التنفيذ العقابى جزءا لا يتجزأ من العقاب ذاته، ومن ثم فيخضع لمبدأ عدم رجعية قانون العقوبات. ويؤكد هذا المعنى ما قضت به المحكمة الدستورية العليا فى مصر ما مؤداه أن حق التقاضى ما لم يقترن بوسائل تنفذ ما تقضى به المحكمة، فإنه يعدو هباء منثورا، ويفقد قيمته من الناحية العملية[٢] وقد أكد قانون العقوبات الفرنسى الجديد مبدأ خضوع قواعد التنفيذ العقابى لمدلول شرعية الجرائم والعقوبات من حيث عدم الرجعية (١١٢/ ٣)[٣].

٥٧ - القواعد المتعلقة بتقادم العقوبة

قد يصدر قانون جديد بتعديل قواعد تقادم العقوبة. ويعد هذا القانون من قوانين العقوبات لأنه يؤثر فى مضمون العقوبة بوضع حد لها طولا أو قصرا، فيسرى فى شأنه مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات بالنسبة إلى القواعد التى تسىء إلى المتهم، مثل النصوص التى تطيل فى مدة التقادم.

---

(١) مثال ذلك ما نص عليه التعديل الجديد لقانون الإجراءات الجنائية الصادر سنة ١٩٩٨ بشأن زيادة مقابل كل يوم من أيام الحبس الاحتياطى أو الإكراه البدنى أو التشغيل، وذلك فى تطبيق أحكام المواد ٥٠٩ و٥١١ و ٥١٣ و ٥٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية والمادة ٢٣ من قانون العقوبات إلى خمسة جنيهات بدلا من جنيه واحد.

(٢) المحكمة الدستورية العليا ٣ إبريل سنة ١٩٩٣، القضية رقم ٢ سنة ١٤ قضائية «دستورية»، مجموعة الأحكام التى أصدرتها المحكمة الدستورية العليا، جـ٥، مجلد ٢، قاعدة رقم ٢١ ص ٢٤١.

(٣) انظر فيما يتعلق بتدبير مانع الإقامة:
Crim. 8 Juin 1994, Bull. no. 230; Crim. 26 Septembre 1996, Bull, no. 336.

أما النصوص المتعلقة بتقادم الدعوى الجنائية، فقد ثار بشأنها الجدل، فذهب البعض إلى أنها من القواعد الإجرائية التى تنطبق بأثر مباشر لأنها ليست من قواعد قانون العقوبات[1]. وقد بينا أن هذه النصوص تمس حق الدولة فى العقاب، ومن ثم تأخذ حكم قانون العقوبات، فتخضع لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فلا تسرى بأثر رجعى إلا إذا كانت فى صالح المتهم[2].

٥٨ ـ أثر القانون الأصلح للمتهم

يسرى القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعى[3] منذ صدوره على الجريمة التى ارتكبت من قبل. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا القيمة الدستورية لهذا الأثر استنادا إلى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، واحترام الحرية الشخصية، وانتفاء الضرورة الاجتماعية للتجريم[4].

ويلاحظ أن رجعية القانون الأصلح لا تخل بالنظام العام، بل هى أدعى إلى تثبيته بما يحول دون انفراط عقده، على تقدير أن إعماله منذ صدوره أكفل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحرياتهم.

ويتعين تطبيق الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم، ولو حكم بانقضاء الدعوى الجنائية لوفاة المتهم، إذا كان يترتب على القانون الجديد الأصلح للمتهم اعتبار حيازة الأشياء المضبوطة مع المتهم (نقد أجنبى) أمرا مباحا، ففى هذه الحالة لا يجوز الحكم بالمصادرة طبقا للمادة ٣ عقوبات[5].

---

(١) السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة فى قانون العقوبات سنة ١٩٦٢ ص ١٣١، وانظر نقض أول فبراير سنة ١٩٥٥، مجموعة الأحكام س٦ رقم ١٦٤ ص ٥٠٠.

(٢) نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٥٢، مجموعة الأحكام س٤ رقم ٥٢ ص ١٢٨، ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ س٤ رقم ٧٢ ص ١٨٠، ١١ يناير سنة ١٩٥٤ س٥ رقم ٧٩.

(٣) ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ القضية رقم ١٢ سنة ١٣ قضائية ٧ دستورية، مجموعة الأحكام التى أصدرتها المحكمة الدستورية العليا، جـ٥، المجلد الثانى، قاعدة رقم ٧ ص ٦٨.

(٤) انظر ما تقدم بند ٢٧. وقد أسس المجلس الدستورى الفرنسى فى ١٩ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨١، رجعية القانون الأصلح للمتهم على أساس الضرورة، أى أن النصوص القديمة لم تعد هناك ضرورة لتطبيقها. والضرورة بهذا المعنى تنفى الضرورة أساسا للتجريم والعقاب، كما سنبين فيما بعد.

(٥) قضت محكمة النقض بأن المادة الأولى من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٤ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبى لم تحظر على الأفراد حيازة النقد الأجنبى أو الاحتفاظ به، وبالتالى، لا يخرج بطبيعته عن دائرة =

ويلاحظ أن المادة الخامسة من قانون العقوبات قد نصت على أن الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم يترتب منذ صدوره (وذلك فى حدود النصوص الجنائية)، أى لا يتراخى إلى تاريخ العمل به، الذى حدده القانون لنفاذه طبقا للمادة ١٨٨ من الدستور[١] . إلا أنه بطبيعة الحال لا يعد القانون نافذا إلا بعد نشره فى الجريدة الرسمية، مما لا يستقيم معه إعمال الأثر الرجعى للقانون الأصلح منذ صدوره، وبالتالى، فإن إعمال القانون الأصلح منذ صدوره لا منذ تاريخ العمل به يعد مخالفا للدستور. ومع ذلك، قضت محكمة النقض إلى أن قانون المخدرات «الجديد» يعتد به من تاريخ صدوره لا من تاريخ العمل به إذا كان هو الأصلح للمتهم. وعلة ذلك أنه بعد أن أفصح المشرع عن قصده فى القانون الجديد، لا يسوغ معه معاملته بغير هذا القصد طالما كان ذلك فى مصلحته، فضلا عن أن المصلحة العامة قد وضحت من يوم صدور التشريع الجديد[٢] . ولا محل هنا لتطبيق الأصل فى قانون العقوبات وهو عدم سريانه إلا منذ تاريخ العمل به؛ لأن علة ذلك هو ضمان علم الناس بالقانون قبل مساءلتهم عما تضمنه، وهى علة غير متوافرة فى القانون الأصلح للمتهم.

وقد ميزت المادة الخامسة من قانون العقوبات بين أثر القانون الأصلح قبل الحكم النهائى وأثره بعد هذا الحكم على النحو التالى:

٥٩ـ حالة القانون الصادر قبل الحكم النهائى (البات)

يراد بالحكم النهائى فى هذا الصدد الحكم الذى تنقضى به الدعوى الجنائية، وهو

= تعامل الأفراد به، مما يتعين معه عند الحكم بانقضاء الدعوى الجنائية لوفاة المتهم عدم الحكم بمصادرة العملة الأجنبية المضبوطة فى حيازته (نقض ١٩ مارس سنة ١٩٩٨ الطعن رقم ١٨٨١٠ لسنة ٦٠ قضائية).

(١) نقض ١٧ إبريل سنة ١٩٦٢، مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ٩١ ص ٣٩١. انظر فى ذات المعنى ٧ فبراير سنة ١٩٥٢، مجموعة القواعد فى ٢٥ عاما ص ٩٢٠ رقم ٢، نقض ١٥ مايو سنة ١٩٧٨، مجموعة الأحكام ص٢٩ ص ٥١٦.

(٢) قالت محكمة النقض إنه لا يسوغ القول باتصال التأثيم طوال الفترة من تاريخ صدور القانون إلى تاريخ العمل به، وذلك لأن عدالة التشريع تأبى أن يظل الفعل مؤثما إلى حين العمل بالقانون الجديد بعد أن اعتبره الشارع بإصداره فعلا مباحا. (نقض ١٧ إبريل سنة ١٩٧٢ سالف الذكر). وهو قول محل نظر لأن التشريع لا يعمل به إلا بعد نشره فى الجريدة الرسمية طبقا للدستور (المادة ١٨٨)، كما أن القانون قد يعد أصلح للمتهم ولو لم يبح الفعل واقتصر على تخفيف العقوبة.

ما لا يتحقق إلا بعد استنفاد جميع طرق الطعن فيه، ومنها النقض[1]. والأصح أن يسمى بالحكم البات أى غير القابل للطعن بأى طريق، حتى لا يلتبس بالحكم النهائى الذى ينصرف مدلوله إلى مجرد الحكم الذى لا يجوز استئنافه. وقد كانت محكمة النقض الفرنسية ترى بادئ الأمر عدم تطبيق القانون الأصلح؛ إذا صدر فى أثناء نظر الطعن بالنقض، ثم اتجهت إلى تطبيق هذا القانون على الدعاوى المنظورة أمامها[2]. وطبقا للمادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض، تقضى هذه المحكمة من تلقاء نفسها بنقض الحكم لمصلحة المتهم؛ إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الفصل فيه بحكم بات قانون أصلح للمتهم[3]. ويلاحظ أنه إذا قضت محكمة النقض بإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع لنظرها من جديد[4]، ثم صدر قانون أصلح للمتهم وجب تطبيقه بأثر رجعى طالما أن الدعوى لم تنقض بعد.

فى هذه الحالة تطبق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعى دون تمييز بين ما إذا كان القانون الجديد من نصوص التجريم أو العقاب، وسواء أباح الفعل أو منع عن الجانى العقاب أو المسئولية أو اقتصر على التخفيف.

٦٠ ـ حالة القانون الصادر بعد الحكم النهائى (البات)

إذا انقضت الدعوى الجنائية بحكم بات حاز قوة الأمر المقضى وأصبح عنوان حقيقة لا تقبل المجادلة وعنوان صحة لا تقبل المناقشة. وأن المشرع لم يجز فى جميع

---

(١) وفى هذا المعنى، نصت المادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن بطريق النقض، على أنه يجوز لمحكمة النقض أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون يسرى على واقعة الدعوى.

(٢) انظر: Crim. 13 Juillet. 1960, Bull. No. 374, Merle et Vitu. Traité p.178.

انظر مثالا لذلك:

Crim, 16 Mars et 14 Déc 1994, Bull, pp.893, 141, 183, 199, 367 et 413; 15 Fév., 15 Mars et 5 Avril, 1995, Bull 70, pp.106 et 150.

(٣) انظر نقض ١٠ ديسمبر سنة ١٩٨٤، مجموعة الأحكام س٣٥ رقم ١٩٥ ص ٨٨٥، ٥ يناير سنة ١٩٨٥ س ٣٦ رقم ١٠٧ ص ٦٠٧، ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٨٥ س٣٦ رقم ١٦٧ ص ٩٢٣، ٩ يناير سنة ١٩٨٦، مجموعة الأحكام س٣٧ رقم ١٠ ص ٤١، ٦ فبراير سنة ١٩٨٦ س٣٧ رقم ٥٠ ص ٢٤٤، ٢ مارس سنة ١٩٨٦ س٣٧ رقم ٦٦ ص ٣٢٢.

(٤) Crim, 11 Mai 1959, Bull. No. 251.

الأحوال تطبيق القانون الأصلح إذا صدر بعد هذا الحكم، بل اشترط لذلك أن نكون حيال وضع تأباه العدالة بصورة حاسمة، كما إذا أتى القانون الجديد بسبب يؤدى إلى إسقاط وصف التجريم عن الفعل، إما لتوافر أحد أسباب الإباحة أو لعدم توافر أحد ركنى الجريمة (المادى والمعنوى)، أو لقيام مانع من موانع العقاب. لقد رأى المشرع فى هذه الحالة ضرورة التوفيق بين اعتبار العدالة واعتبار احترام قوة الأمر المقضى. فنص على أنه إذا صدر قانون بعد حكم «نهائى» يجعل الفعل الذى حكم على المجرم بسببه غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية (المادة/ ٣ عقوبات). وبناء على هذا النص، فإن الحكم الصادر بإدانة المتهم يظل باقيا، ولكنه يفقد استمرار صلاحيته كسند تنفيذى. فإذا كان المحكوم عليه يقضى مدة عقوبة سالبة للحرية وجب الإفراج عنه فورا[1]، وإذا كان الحكم صادرا عليه بالغرامة فلا يجوز تحصيلها منه. وقد ثار البحث بشأن ما إذا كان يحق للمحكوم عليه المطالبة باسترداد ما تم دفعه من غرامات أم لا، فذهب رأى إلى أن تطبيق القانون يؤدى إلى اعتبار المتهم فى حكم من أتى نشاطا مباحا، ومن ثم فيجوز له استرداد ما دفعه من غرامات تنفيذا للحكم الصادر عليه[2] وذهب رأى آخر إلى أنه ليس للمتهم استرداد الغرامة التى دفعها لأن القانون قد نص على إيقاف تنفيذ الحكم وهو ما لا يكون إلا من تاريخ صدور القانون الأصلح[3]. ونحن نؤيد هذا الرأى الأخير، لأن القانون الجديد لا يمس الحكم الصادر ضد المتهم ولا قوته التنفيذية قبل القانون الجديد ويقتصر أثره على ما لديه من قوة تنفيذية مستقبلة. وما تم تنفيذه على المتهم سواء تعلق بالغرامات أو بالعقوبات السالبة للحرية يستند إلى الحكم الجنائى. وقد عبر المشرع صراحة عن قصده فى عدم المساس بهذا الحكم إذ نص على وقف تنفيذ الحكم وهو ما يعنى عدم الاستمرار فى تنفيذ الحكم بالنسبة إلى المستقبل لا إلغاء ما تم تنفيذه فى الماضى.

أما إزالة الآثار الجنائية للحكم فتصرف إلى جميع النتائج القانونية التى يرتبها الحكم الجنائى مثل اعتباره سابقة فى العود.

---

(١) يجوز للمحكوم عليه أن يستشكل فى تنفيذ هذا الحكم. وعلى المحكمة أن توقف تنفيذ الحكم.

(٢) محمود مصطفى، ص١٠١، محمود نجيب حسنى ص ١١٨.

(٣) على بدوى، الأحكام العامة ص ١٢٩ هامش ١.

Levasseur, op. cit., p. 170.

٦١ـ استثناء القوانين المؤقتة

قلنا إن الأصل فى تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم بأثر رجعى أنه يتفق مع المصلحة العامة التى حققها هذا القانون الجديد. ولكن المشرع قد يرى أن المصلحة تقتضى عدم ترتيب هذا الأثر الرجعى، وأن يطبق القانون القديم على الجرائم التى وقعت فى ظله ولو كان القانون الجديد فى صالح المتهم. وينحصر ذلك فى القوانين المؤقتة، فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من قانون العقوبات على ما يأتى: «غير أنه فى حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفا لقانون ينهى عن ارتكابه فى فترة محددة، فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها».

وقد بررت المذكرة التفسيرية للقانون هذا الاستثناء بأنه لا يجوز أن يستفيد المتهم أو المحكوم عليه من مضى المدة التى ينهى القانون عن فعل أو يأمر به خلالها وإلا ضاع الغرض المقصود من القانون. وواقع الأمر أن المشرع قد يرى إصدار قانون مؤقت حتى يستفيد من آثار تطبيقه فى فترة معينة ثم يجرى تعديله التشريعى بصفة دائمة على ضوء هذه الخبرة. كما إذا أطلق المشرع حرية بعض العمليات الاقتصادية المنظمة بإجراءات خاصة لمدة محددة، حتى يتحقق مدى التحسن الذى يطرأ على الوضع الاقتصادى. وقد يصدر المشرع القانون المؤقت لمواجهة ظروف طارئة كالأزمات الاقتصادية أو الظروف الصحية واضطراب الأمن العام لأسباب معينة. والمصلحة العامة التى تدعو المشرع إلى إصدار القانون المؤقت لا تتحقق إذا أفلت المجرم من العقاب بسبب التأخير فى إجراءات محاكمته حتى ينتهى مفعول القانون المؤقت القديم.

يمكن تقسيم القوانين المؤقتة إلى قسمين :

١ ـ قوانين مؤقتة بنص

وهى التى تحدد فى نصوصها مدة تطبيقها بطريقة واضحة، مثال ذلك القرار الصادر من وزير التموين بأن تستولى الحكومة على كمية من الأرز الشعير من محصول سنة معينة، فى ميعاد محدد(١).

(١) قضى بأن هذا القرار الموقوت بمدة معينة لا يتأثر بانقضاء هذه المدة، كما لا يتأثر من باب أولى بصدور=

٢ ـ **قوانين مؤقتة بطبيعتها ، وهى من نوعين :**

(أ) قوانين تتحدد مدة تطبيقها بطريقة ضمنية عن طريق الظروف التى أدت إلى وضعها ، وتنتهى هذه المدة تلقائيا بانتهاء هذه الظروف . مثال ذلك القوانين التى تسرى فى حالة الحرب أو اللوائح التى تسرى فى أثناء إقامة معرض أو مؤتمر معين . فإنها تنتهى بانتهاء هذه الحالة دون حاجة إلى نص صريح .

(ب) قوانين تتحدد مدة تطبيقها بطريقة ضمنية عن طريق الظروف التى أدت إلى وضعها ولكنها لا تنتهى تلقائيا بل لابد من تدخل المشرع بنص صريح على ضوء تقديره لمدى عدم توافر هذه الظروف . مثال ذلك قرارات رئيس الجمهورية التى تصدر عند إعلان حالة الطوارئ فإنها تبقى طالما توافرت هذه الحالة ولم يصدر قرار بإلغائها .

٦٢ ـ أثر القانون المؤقت

إذا انتهى تطبيق القانون المؤقت وعاد القانون العادى الذى كان مطبقا قبل هذا القانون إلى نطاق سريانه الأول ، فما حكم التنازع بين القانون المؤقت والقانون العادى بالنسبة إلى الجرائم التى وقعت فى ظل القانون المؤقت؟ لا صعوبة إذا كان القانون المؤقت هو الأصلح للمتهم ، ففى هذه الحالة يستمر تطبيقه وفقا للقواعد العامة . إنما تثور الصعوبة إذا كان القانون الجديد أصلح للمتهم من القانون المؤقت ، فهل يطبق القانون الجديد بأثر رجعى على الجرائم التى وقعت فى ظل القانون المؤقت؟ لا يمكن القول بأن المصلحة العامة تقتضى تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعى لسببين :

أولا : سوف يتمكن المجرمون الذى خالفوا القانون المؤقت قبيل انتهاء فترة تطبيقه من الإفلات من نطاق هذا القانون بالتسبب فى إطالة الإجراءات حتى تنقضى هذه الفترة .

ثانيا : إذا قصد المشرع أن يحدد نطاق تطبيق القانون بفترة محددة ، فإن هذا القصد سوف يخالف إذا خضعت الجرائم التى وقعت فى خلال هذه الفترة لقانون

= أو عدم صدور قرار عن السنوات التالية (نقض ١٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، مجموعة الأحكام س٦ رقم ٣٥٦ ص ١٢١٧)، نقض ٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ س٦ رقم ٤١٤ ، ص ١٤٠٣ .

آخر، ففى هذه الحالة سوف لا يتمتع القانون المؤقت بكامل نطاق تطبيقه المحدد بفترة معينة إذا أجيزت مخالفة نصوصه عندما يقترب انتهاء هذه الفترة. وبناء على هذين الاعتبارين، فإن انقضاء القانون المؤقت لا يمنع مطلقا من استمرار تطبيق هذا القانون على الجرائم التى وقعت فى ظله ولو كان القانون الجديد أصلح للمتهم. وقد حرص قانون العقوبات المصرى على تأكيد هذا المعنى.

وقد ميزت محكمة النقض المصرية بين القوانين المؤقتة المحددة مدتها بوضوح فى النص، وبين القوانين المؤقته بطبيعتها. وقد أسست هذا التمييز على عبارة الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة التى عرفت القانون المؤقت بأنه هو القانون الذى ينهى عن ارتكاب الفعل فى «فترة محددة» مما يفيد اقتصاره على القانون المؤقت المحددة مدته بنص فيه[(١)]. وتطبيقا لذلك قضى بأن الأوامر العسكرية التى تصدر بمناسبة إعلان حالة الطوارئ غير محددة بمدة معينة ولا يجوز إبطال العمل بها إلا بناء على قانون يصدر بإلغائها، ولذلك لا يمكن اعتبارها من القوانين المؤقتة بالمعنى الذى تقصده الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة عقوبات، وبالتالى فإن المتهم يستفيد من إلغاء هذه الأوامر فى أية حال كانت عليها الدعوى ويتمتع بالقانون الأصلح للمتهم[(٢)].

ويلاحظ أن مشروع قانون العقوبات الفرنسى لسنة ١٩٧٨ كان يخرج من نطاق رجعية القانون الأصلح للمتهم القانون المؤقت سواء كان مؤقتا بطبيعته أو مؤقتا بمدة محددة فى النص، حتى جاء قانون العقوبات الفرنسى الجديد سنة ١٩٩٢ فخلا من هذا الاستثناء تحت تأثير قرار المجلس الدستورى الفرنسى الصادر فى ١٩ و٢٠ يناير عام ١٩٨١ والذى أعطى قيمة دستورية لرجعية القانون الأصلح للمتهم[(٣)].

(١) انظر الرأى المشار إليه فى: Merle et Vitu, op. cit., No. 273, p. 365.
Levasseur, op. cit., p. 207.

وقد قيل بأنه إذا نص القانون الجديد على عدم إثبات عقد الوديعة إلا عن طريق العقد الرسمى، فإنه سيترتب على تطبيق الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم أن يفلت مرتكب جريمة خيانة الأمانة من العقاب إذا كان عقد الوديعة الذى أخل به لا يتمتع بالصفة الرسمية. وهى نتيجة غريبة بسبب الخلط بين القواعد غير العقابية والقواعد العقابية.

(٢) نقض ٢٨ يناير سنة ١٩٤٦ سالف الذكر، ٥ يونية سنة ١٩٦٧، مجموعة الأحكام س١٧ رقم ١٤٩ ص٧٤٤.

(٣) Frederic Desportes et Francis le Gunek, op. cit., p. 249.
François Luchaire, Le conseil constitutionnel, Tome II jurisprudence, premier partie: l'individu, Paris, Economica, 1998, No.204, p. 148.

الباب الثالث

التجريم والعقاب فى ضوء الضرورة الاجتماعية والتناسب

تمهيد

نبحث هذا الموضوع فى ثلاثة فصول على النحو الآتى:

(الأول) عموميات.

(الثانى) ماهية الضرورة والتناسب.

(الثالث) الرقابة الدستورية على التوازن المطلوب.

الفصل الأول

عموميـــــات

٦٣ـ التوازن بين التجريم والعقاب وحماية الحقوق والحريات

تقوم سياسة التجريم والعقاب على التوازن بين فكر فلسفى اجتماعى يحدد مضمون حق الدولة فى العقاب وفكر دستورى يحدد قيمة الحقوق والحريات. ويساهم كل من قطبى هذا التوازن فى حماية المجتمع وضمان الحماية الدستورية للحقوق والحريات. فالدولة من أجل حمايتها للمجتمع وحقوق الأفراد وحرياتهم، تملك سلطة التجريم والعقاب. ولكن ممارسة هذا الحق بطبيعته يقيد حقوق الأفراد وحرياتهم، فإلى أى مدى يمكن قبول هذا القيد؟ إن ذلك أمر يتوقف بطبيعة الحال على مدى ما يتمتع به الفرد من حقوق وحريات وقيمتها فى النظام القانونى فى الدولة. ففى الدول التى يحكمها الفكر الشمولى يزيد حجم المساس بالحقوق والحريات لصالح الدولة. أما فى الدول التى يحكمها الفكر الديمقراطى، فإنها فى تنظيمها لهذه الحقوق وفى تحقيقها لمصلحة المجتمع لا تملك غير سلطة نسبية لا مطلقة، فتتقيد فى تحقيق أهدافها بما يتمتع به الفرد من حقوق وحريات. فالدولة بحكم وظيفتها تحمى جميع المصالح القانونية، سواء كانت حقوقا أو حريات، أو مصالح اجتماعية، ويتعين عليها من خلال التشريع التوفيق بين جميع أنواع هذه المصالح.

وإذا نظرنا إلى سياسة التجريم والعقاب؛ فإن الفرد بحكم عضويته للمجتمع يتحدد نشاطه فى إطار حركة هذا المجتمع، فيلتزم بالضرورة بمراعاة قواعده كما حددتها السلطة التشريعية الممثلة للشعب. وعلى هذه السلطة بدورها أن تضمن ممارسة الفرد لحقوقه وحرياته مع إلزامه فى ذات الوقت بمقتضيات المصلحة العامة، وذلك بأن تحدد القواعد التى يمارس فى إطارها هذه الحقوق والحريات من خلال العلاقات الاجتماعية بما يتفق مع المصلحة العامة. والمشرع فى تنظيمه لهذه

العلاقات يجب أن يراعى دائما أن الإنسان الحر هو أساس المجتمع الحر، وأنه لا يمكن تحقيق الحماية الاجتماعية إلا من خلال حماية الإنسان (أى حقوقه وحرياته). وحماية الإنسان تكون إما بالنظر إليه بوصفه مجنيا عليه أو بوصفه متهما. وبناء على ذلك، لا يجوز أن نتصور صداما بين مقتضيات الحماية الاجتماعية وبين متطلبات الحماية الإنسانية أى حماية الحقوق والحريات[1].

ويتولى المشرع الجنائى حماية الحقوق والحريات عند المساس بها، وذلك عندما يكون التجريم والعقاب هما الوسيلة الضرورية لتقرير هذه الحماية. كما يتولى فى ذات الوقت حماية الحقوق والحريات فى مواجهة أخطار التحكم سواء فى مرحلة التجريم والعقاب، أو فى مرحلة الخصومة الجنائية. وعلى هذا النحو، يتأكد أن الحقوق والحريات تأخذ مكانا حاكما فى التشريع الجنائى، سواء كان ذلك فى قانون العقوبات أو فى قانون الإجراءات الجنائية.

فكيف تتحدد مقتضيات حماية الحقوق والحريات من خلال ضوابط التجريم والعقاب؟ يتطلب ذلك احترام مبدأ المساواة، والذى يفترض عند تقرير المعاملة الجنائية (بالتجريم والعقاب) مراعاة الاختلاف بين المراكز القانونية فى المعاملة الجنائية. ويقوم هذا الاختلاف على أساس موضوعى، وأن تكون المراكز القانونية متفقة مع كل من الهدف من القانون والمصلحة العامة.

ويقوم الأساس الموضوعى للتجريم والعقاب على التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة فى ضوء اعتبارات الضرورة والتناسب. فما المقصود بهذه الاعتبارات؟

٦٤ - الضرورة الاجتماعية والتناسب لتحقيق التوازن المطلوب

يقوم النظام القانونى على التوازن بين الحقوق والحريات من جهة وبين المصلحة العامة من جهة أخرى، وهو ما يتحقق بالتناسب بين حماية كل من الاثنين. وفى ضوء ذلك فإن المشرع الجنائى فى مقام حمايته للحقوق والحريات، يراعى التوازن بين هذه الحماية، وبين ما يتمتع به الغير من حقوق وحريات، وكذا التوازن بين هذه

(١) انظر مؤلفنا فى أصول السياسة الجنائية، المرجع السابق ص ١٣٥ وما بعدها.

الحماية وبين المصلحة العامة المتمثلة فى النظام العام[١] . فالنظام العام يقتضى تقييد حرية الفرد من خلال التجريم والعقاب[٢]، ويتحقق ذلك إذا ما اقتضته الضرورة الاجتماعية، أى ضرورة حماية المجتمع كمصلحة عامة تمثل فى ذاتها قيمة دستورية . فقد لوحظ أن المشرع كثيرا ما يستخدم السلاح العقابى L'arme pénale، مما يؤدى إلى ما يسمى بالتضخم العقابى Inflation pénale[٣] الذى لا يستند إلى ضرورة. ومن ناحية أخرى، فإن الفرد يتعرض لمخاطر التجريم والعقاب إذا لم يحسن وضع ضوابط دقيقة له تحافظ على التوازن المطلوب بين مقتضيات حماية حقوق الغير وحرياته ومراعاة المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات . فلا يجوز أن يكون هذا التوازن وسيلة للعصف بالحقوق والحريات أو مدخلا لحرمان المواطنين منها بصورة غير منطقية أو على نحو يسوده التحكم، مما يتطلب إيجاد تناسب بين قدر المساس بالحقوق والحريات والمصالح المحمية التى تبرر هذا المساس . وبهذا التناسب يتحقق الأمن القانونى بوصفه مظهرا مهما لسيادة القانون، بدونه تختل هذه السيادة ويهتز مبرر وجودها .

إن جوهر المشكلة يكمن فى أن حماية الحقوق والحريات تتطلب احتراما مماثلا لسائر القيم الدستورية المرتبطة بها . فالنظام الدستورى للحقوق والحريات لا يمكن أن يتماسك إلا بعدم المبالغة فى وزن أحد مكونات هذا النظام . لهذا كانت الضرورة الاجتماعية والتناسب ضابطين متكاملين لتحديد هذا التوازن فى مجال التجريم . ويلتزم المشرع بمراعاة معيار الضرورة والتناسب عند وضع الضوابط التى تحكم هذا المعيار حين يسند إلى اللائحة وضع جرائم أو عقوبات بناء على قانون . فلا تملك اللائحة الخروج عن النطاق الذى يرسمه القانون فى هذا الصدد، كما يجب عليها أن تتقيد بالهدف الذى شرعت من أجله[٤] .

وتتحدد الضرورة في التجريم فى ضوء الهدف منه، فلا يمكن السماح بالمساس بالحقوق والحريات من خلال التجريم إلا إذا اقتضى ذلك تحقيق هدف معين هو

---

(١) انظر مؤلفنا «الحماية الدستورية للحقوق والحريات» مرجع سابق، ص ٨٥ وما بعدها .

(٢) انظر مؤلفنا «الحماية الدستورية للحقوق والحريات» مرجع سابق، ص ٨٨ وما بعدها .

(٣) B. Bouloc, R. Cairo, R. Hastings, PH. Robert, F. Schir, J. Borricand; Problémes actuels de science criminelle, VI, Presse universitaire d'Aix - Marseille, 1993, p. 19.

(٤) Renée Koering Joulin et Jean François Service, Droits fondamentaux et droits criminels, op. cit., p. 116.

حماية المصلحة العامة أو حماية الحقوق والحريات التى تتعرض للضرر أو الخطر، وتكون فى نظر المشرع جديرة بالحماية بواسطة التجريم والعقاب. فارتباط التجريم بالهدف من نصوص التجريم هو أساس الضرورة ومحورها. ومن ثم، فإن الضرورة تنطوى على الالتزام نحو تحقيق هذا الهدف. ولكى تقترب فكرة الضرورة من فكرة التناسب يجب النظر إلى كل من القاعدة القانونية وتطبيقها. فالقاعدة القانونية لا تكون ضرورية إلا إذا وضعت لمعالجة وضع معين، فتعالجه على نحو كاف وبغير مبالغة. وهو ما يتطلب التوازن بين المصالح (الحقوق والحريات) المتنازِعة، وهو ما يتحقق بالتناسب مع الهدف من التجريم. وبذلك يتضح أن الضرورة التى تلجئ المشرع إلى تجريم سلوك معين تفترض أن التجريم ودرجته يتناسبان مع الهدف من هذا التجريم. وعلى هذا النحو، فإن علاقة «الضرورة» تعادل علاقة «التناسب». والواقع أن الضرورة يجب أن تقدر بقدرها، ومن ثم يجب مراعاة التناسب بين الحقوق الحريات المحمية والتى يلحقها الضرر أو الخطر، وبين ما يتعرض له من من يلحقه المساس بهذه الحقوق والحريات من أخطار يسبب هذا التجريم[1]. وكذلك الشأن بالنسبة للعقوبات التى تعبر عن التجريم، فإنها يجب أن تكون متناسبة مع الهدف من التجريم والعقاب كما بينا. وهكذا يتضح أن الهدف من القانون يلعب دورا مشتركا فى تحديد الضرورة والتناسب فى التجريم من جهة، وفى تحديد التناسب فى العقوبات من جهة أخرى.

وقد عبرت المحكمة الدستورية فى ضوء هذه المبادئ فقالت بأن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها فى غير ضرورة تمليها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها، وأن القانون الجنائى يتغيا أن يحدد - من منظور اجتماعى - ما لا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوك الأفراد، وأن يسيطر عليها بوسائل يكون قبولها اجتماعيا ممكنا، فإن كان متجاوزا تلك الحدود التى لا يكون معها ضروريا، غدا مخالفا للدستور[2]. وقالت بأنه لا يجوز أن تنفصل العدالة الجنائية عن مقوماتها التى تكفل لكل متهم حدا أدنى من الحقوق التى لا يجوز النزول عنها أو التفريط فيها ولا أن تخل بضرورة أن يظل التجريم مرتبطا بالأغراض النهائية للقوانين العقابية[3]. وأكدت كذلك ما

---

(١) انظر: Marc Verdussen, op. cit , pp. 147-148.

(٢) دستورية عليا فى ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٧، القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٣) دستورية عليا فى ٣ أغسطس سنة ١٩٩٦، القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية «دستورية».

مؤداه وجوب الفصل فى دستورية النص الجنائى التى يتوخاها الجزاء الجنائى بوصفه عقابا بالضرورة فى إطار اجتماعى، وأن التجريم المقرر بالنص الجنائى مرده إلى الضرورة الاجتماعية، وأن هذه الضرورة التى تقرر الجزاء المنصوص عليه فى النص الجنائى، تبلور تلك الضوابط التى لا يتصور أن يتم السلوك بعيدا عنها (مثال فى مجال بيع الوحدة السكنية طبقا للمادة ٢٣/ ٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١)، وإلا كان هذا السلوك انتهازا وضربا من التحايل[١].

---

(١) دستورية عليا فى ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٧، القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

الفصل الثانى
ماهية الضرورة والتناسب

٦٥ - المفهوم التقليدى للضرورة الاجتماعية والتناسب

يعكس تاريخ قانون العقوبات تطور مفهوم الضرورة والتناسب فى التجريم. فبعد أن اندحرت أفكار الانتقام التى كانت تحكم المجتمعات البدائية لكى تجعل من بواعث الانتقام صيغة للضرورة التى تعطى للمنتقم الحق فى التجريم والعقاب معا، وسادت مبادئ سيادة القانون، أصبح من الواجب صياغة مفهوم الضرورة الملجئة للتجريم على نحو يتفق مع هذه المبادئ.

وقد أسست الشريعة الإسلامية فلسفة العقاب على أساس ضرورة الإصلاح وحماية المجتمع. ولهذا فإنه من المقرر أنه كلما وجدت وسيلة أخرى لإصلاح المجرم ليس فيها معنى العقوبة وجب اتخاذها. ورتب فقهاء المسلمين على ذلك ضرورة النظر بعين الاعتبار للتوبة النصوح واعتبارها سببا لإسقاط العقوبة البدنية الحدية والاكتفاء بالتعازير. وكذلك الشأن فى التعزير، لا يشترط فيه أن يكون عقوبة جنائية، بل يمكن أن يتسع للتدابير المدنية وغير ذلك من التدابير التى تمكن المجرم من التوبة[١].

وقد انعكست هذه المبادئ فى السياسة الجنائية التقليدية والتى بدأت بلورتها منذ ظهر كتاب «روح القوانين» سنة ١٧٤٨ لمونتسكيو، وتبعتها مؤلفات روسو (فى فرنسا)، وبيكاريا (فى إيطاليا)، وبنتام (فى إنجلترا)، وفويرباخ (فى ألمانيا). وكان الفضل فى التعبير عن التجريم القائم على سيادة القانون لبيكاريا فى مؤلفه عن

---

(١) انظر: الموسوعة العصرية فى الفقه الجنائى الإسلامى (كتاب عبد القادر عودة) الجزء الأول، المجلد الأول، دار الشروق، ط ٢٠٠١، ص أ/ ١٧٢، أ/ ١٧٣.

الجرائم والعقوبات سنة ١٧٦٤ . فقد استهدف تعديل العلاقة بين الدولة والفرد، وذلك بإخضاع سلطتها فى العقوبات لمجموعة من الضمانات، فى مقدمتها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، واستخدام العقوبة بالقدر الضرورى لتحقيق الأهداف التربوية لقانون العقوبات. فالتجريم بادئ الأمر - وفقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات - يجب أن يكون فى الحدود التى تعبر عنها الإرادة العامة للشعب (من خلال القانون). وتعكس هذه الحدود الإحساس بالانتماء الاجتماعى الذى بدونه يستحيل أن يكون الفرد مواطنا صالحا أو مخلصا. على أنه لا يكفى وضع قانون العقوبات محصورا فى إطار الشرعية، بل يجب على المشرع ألا يتعسف فى استخدام سلطته فى التجريم إلى ما وراء الأهداف التى حددها له العقد الاجتماعى. فالحق فى العقاب يتمثل فى حق الدفاع الذى خوله كل فرد إلى الدولة لتمارسه نيابة عنه، مما يترتب عليه أنه لا يجب أن يكون العقاب إلا بالقدر المتناسب الذى يجعله مفيدا فى الدفاع عن المجتمع[١]. فالهدف من وراء العقاب ليس هو تحقيق الانتقام، ولا إرضاء الإحساس بالعدالة المطلقة، ولا تكفير المذنب، وإنما يتمثل فى الحيلولة دون وقوع جرائم جديدة فى المستقبل. وقيل فى هذا الشأن إن كل عمل من أعمال السلطة يمارسه إنسان ضد آخر يعد نوعا من التحكم إذا لم يكن ضروريا على وجه الإطلاق[٢]. وفى ضوء ذلك، دعا بيكاريا المشرعين إلى إلغاء كل ما هو غير ضرورى فى المجموعة العقابية، والذى يتمثل فى أنواع التعذيب والعقوبات البالغة القسوة. وقال بأن منع الجريمة فى المستقبل لا يكون بشدة العقاب، وإنما يكون بالعقاب اليقينى. وذهب بيكاريا إلى أن العقوبات يجب أن تكون نافعة وهى لا تكون كذلك إلا إذا كانت متناسبة من حيث التكيف مع مبلغ الضرر الذى أصاب المجتمع من جراء الجريمة. وأكد بيكاريا اعتناقه للمعيار المادى للتناسب فى العقوبة فى قوله بأن المعيار الحقيقى للجريمة يكمن فى الضرر الذى أحدثته بالأمة لا فى قصد الجانى[٣].

وواضح مما تقدم أن الضرورة والتناسب فى التجريم والعقاب تقوم فى نظر السياسة الجنائية التقليدية على اعتبارات الشرعية القائمة على سيادة القانون،

(١) انظر: Merle et Vitu, Traité de droit criminel, T.1, No.58-61, pp 108-112.

(٢) انظر: Merle et Vitu, Traité de droit criminel, T. 1, No. 58 - 61, pp 108 - 112.

طبعة فرنسية جديدة مع مقدمة للأستاذين: مارك آنسل وستيفانى.

(٣) Beccaria, op. cit, p. 36.

واعتبارات المادية بالنظر إلى الضرر الذى أحدثه الفعل الإجرامى بالمجتمع، دون النظر إلى شخص المجرم.

وجاءت السياسة الجنائية التقليدية الجديدة، فنظرت إلى شخص المجرم لا من حيث مدى استعداده للعودة إلى الإجرام، وإنما بالنظر إلى عوامل شخصية تتمثل فى سنه وسوابقه، وتعليمه، وذكائه، وتكوينه العقلى، وميوله؛ تأسيسا على أنه ليس من العدالة معاقبة المجرمين بقدر واحد من العقاب رغم اختلاف ظروفهم الشخصية. وبناء على ذلك، عرفت هذه السياسة الجنائية الظروف المخففة والمشددة للعقاب فى ضوء الظروف الشخصية للجانى والتى يقوم على أساسها ما يسمى بالمسئولية الأدبية. وفى ضوء ذلك، تغير معيار تناسب العقوبة فلم يعد قائما على فائدة العقوبة، بل على توازنها مع الضرر الذى أحدثته، وإنما أصبح قائما على معيار العدالة، فلا يجوز للعقوبة فى ظل هذه السياسة الجنائية أن تزيد على ما هو عادل.

ويمكن القول بأن قانون العقوبات وفقا للسياسة الجنائية التقليدية، والتقليدية الجديدة، يتميز بالقانونية - لا بمعنى الشرعية، أى بمعنى قيامه على مفاهيم قانونية مجردة بعيدة عن المفاهيم العلمية المتصلة بعوامل الجريمة وانعكاسها على أهداف العقوبات والتى تؤثر فى تحديد معنى الضرورة والتناسب. فلقد ركزت هذه السياسة الجنائية على حماية الحرية الفردية للمجرم فى مواجهة تعسف العقاب وقسوته، فأصبحت الجريمة مجرد كيان قانونى مجرد يعتمد على رؤية المشرع فى التجريم والتى يتقيد بها القاضى وفقا للمعايير التى يحددها القانون. وإذا كانت السياسة التقليدية الجديدة قد أضافت معيار العدالة إلى معيار النفعية فى تناسب العقوبة، إلا أنها اقتصرت على المفاهيم القانونية المجردة.

ولاشك فى أهمية هذه السياسة الجنائية فى ضمان الحقوق والحريات للمواطنين ضد التحكم فى العقاب. إلا أن هذه السياسة يعيبها أنها نظرت إلى العقوبة بوضعها مقابل الضرر الذى أحدثه المجرم بالمجتمع، فأصبحت العدالة فى نظرها متحققة يوم أن يسدد المجرم دينه نحو المجتمع بتحمل العقاب المفروض عليه. وأصبحت مهمة القاضى هى فى توقيع العقوبة التى يستحقها المجرم وفقا لمعايير القانون لا فى توقيع العقوبة التى تصلح المجرم. فإذا كان الهدف من قانون العقوبات هو الحيلولة دون العودة إلى الجريمة، فإن العقوبة بمعاييرها التقليدية (القائمة على النفعية والعدالة) لا

تفى بهذا الغرض، وأصبح من الواجب أن تنتقل مهمة إصلاح المجرم من يد القاضى حين يحكم بالعقوبة إلى يد الإدارة العقابية حين تنفذ وفقا للأوضاع التى تتفق مع عوامل الإجرام(١).

٦٦ - المفهوم الوضعى للضرورة والتناسب

ساد المفهوم التقليدى للضرورة والتناسب فى التجريم والعقاب فكر التشريعات العقابية فى القرن التاسع عشر، إلى أن ظهرت أفكار المدرسة الوضعية فى علم الإجرام على يد لومبروز صاحب مؤلف «الإنسان المجرم» سنة ١٨٧٦، ثم تبعه فيرى صاحب كتاب «الاجتماع الجنائى» سنة ١٨٨١، ثم تلاه جاروفالو صاحب كتاب «علم الإجرام» سنة ١٨٨٥. وارتكزت أفكار المدرسة الوضعية على محورين؛ أولهما من الناحية الأدبية: أن المجرم ليس حرا فى ارتكاب أفعاله. وثانيهما: من الناحية الاجتماعية، أن المجرم تتوافر لديه خطورة تتطلب أن يكون رد فعل الدولة تجاهها واسعا لمواجهتها. وعلى ضوء أفكار هذه المدرسة أقيمت سياسة جنائية تعلى شأن حماية الجماعة فوق جميع الاعتبارات، ومنها أفكار المسئولية الشخصية، والتزام المشرع بفرض التدابير المانعة للجريمة قبل وقوعها. وقد وصف فيرى هذه التدابير بأنها بدائل عقابية "Substituts pénaux" من شأنها أن تلغى أسباب الجريمة فتوفر على المجتمع ارتكابها وما يتبعها من دعوى وجزاء جنائيين. وهكذا ارتكز منطق المدرسة الوضعية على التدخل قبل تفاقم الحالة الخطرة ولكى تصل إلى منع وقوع الجريمة. وقد تلقفت التشريعات فى بعض الدول الشمولية هذا المنطق الذى يتناقض مع احترام الحرية الشخصية بل الكرامة الإنسانية لكى تجعله أساسا ترتكز عليه فى الإسراف فى التجريم والعقاب.

وبالإضافة إلى التدابير المانعة، عرفت السياسة الجنائية الوضعية نظام التدابير الاحترازية "mesures de sureté" التى توقع على المجرمين - والتى تتميز عن العقوبات - من أنها لا تتطلب توافر المسئولية الشخصية لدى من توقع عليهم، ولا يشترط فيها مدة معينة، إذ يمكن فرضها حتى تزول الحالة الخطرة لدى المجرم،

---

(١) Merle et Vitu, T.1, No. 70, p 120.

بالإضافة إلى تميزها فى شروط تطبيقها عما هو عليه الحال بالنسبة إلى العقوبات[1].

وقد تأثرت تشريعات القرن العشرين بالسياسة الجنائية الوضعية، فعرفت نظام التدابير الاحترازية بجانب نظام العقوبات، لكى تأخذ التدابير وضعها لمواجهة الحالة الخطرة لدى المجرم. وكان للمدرسة الوضعية الفضل فى توجيه نظر المشرع الجنائى نحو شخص المجرم بعد أن كان نظرها منحصرا وفقا للمدرسة التقليدية فى الفعل الإجرامى بطريقة مادية ومجردة. وكان لها الفضل أيضا فى استرعاء الانتباه نحو أسباب الإجرام، وضرورة مواجهتها بفرض تدابير لمواجهة الحالة الخطرة أى الخطورة الإجرامية. وقد اتجه عدد من التشريعات تحت تأثير سيادة القانون إلى إضفاء وصف الجريمة على الحالة الخطرة لدى الشخص، أى خطورته الإجرامية التى تتمثل فى استعداده لارتكاب الجريمة مستقبلا. وهى حالة نفسية تعتمد على مؤشرات وعوامل فى شخصه وماضيه. ولكنها لا تعتمد على فعل معين قارفه الجانى. وفى ضوء ذلك، صدر المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهم لكى يعتبر حالتى التشرد والاشتباه جريمة فى القانون، على أساس أن كلا منهما ينبىء عن احتمال ارتكاب صاحبها الجريمة مستقبلا.

وواضح مما تقدم أن فكر السياسة الجنائية الوضعية المتأثرة بالمدرسة الوضعية لم يعبأ بحماية الحقوق والحريات، لأنه يعطى مصلحة الجماعة كل الأولوية، فلم يعد الأمر توازنا بين مصلحة الجماعة وحماية الحقوق والحريات، وإنما أعطيت مصلحة الجماعة كل الأولوية. وتجلى ذلك فى إنكار المسئولية الشخصية القائمة على الإرادة الحرة، والسماح بالتدابير الاحترازية المانعة قبل وقوع الجريمة، وفرض تدابير احترازية تحت مسمى العقوبات لمواجهة الخطورة الإجرامية دون اشتراط فعل معين، مع إسباغ الوصف القانونى للجريمة على الحالة الخطرة انصياعا لأحكام الشرعية من حيث الشكل. وواضح مما تقدم، أن الضرورة التى أملت على المشرع الجنائى تحت تأثير أفكار المدرسة الوضعية، إسباغ وصف التجريم على الحالة الخطرة، انبعث من تقدير مصلحة الجماعة تأثرا بأفكار علم الإجرام التى ذهبت إلى أن أسباب الإجرام عندما تتوافر لدى شخص معين على نحو يجعله خطرا على المجتمع حتى تزول هذه

---

(١) Merle et Vitu, T.1, op. cit., No.71-79 pp. 121-128

انظر مؤلفنا (أصول السياسة الجنائية) طبعة ١٩٧١.

الأسباب . وقد انطوى هذا الموقف على إخلال خطير بالتوازن بين الحقوق والحريات فى موضعين :

(الأول) : مساءلة الشخص عن حالته النفسية دون اشتراط أفعال محددة يقينية تكشف إثمه الجنائى ، وذلك باعتبار أن الإرادة الحرة ليست شرطا فى فكر المدرسة الوضعية ، ولأن حماية مصلحة الجماعة هى الأعلى .

(الثانى) : عدم التناسب الظاهر بين تدخل المشرع ، وبين ما هو منسوب إلى الشخص ، مما أدى إلى تعرض الأفراد للتدابير المقيدة للحرية تحت أوصاف العقوبات ، دون أن يتناسب فعل معين .

وهكذا بينما أغرقت المدرسة التقليدية فى حماية الفرد ، أغرقت المدرسة الوضعية فى حماية المجتمع على حساب الفرد .

٦٧- تطور مفهوم الضرورة والتناسب فى السياسة الجنائية

يتضح من عرض كل من السياسة الجنائية التقليدية (والتقليدية الجديدة) والسياسة الجنائية الوضعية أن مفهوم الضرورة فى السياسة الجنائية الأولى يرتكز على التعريف المجرد لماديات الجريمة دون مراعاة لشخصية صاحبها ، وأن التناسب بين العقوبة والجريمة يتصف بالتجريد والمساواة الجامدة بقصد تحقيق الردع العام . وإن كانت هذه السياسة قد استهدفت حماية الإرادة الحرة للفرد وتأكيد المساواة بين مرتكبى الجريمة ، إلا أن الإفراط فى المساواة أدى إلى عدم التناسب بين العقوبة والجريمة بسبب اختلاف الظروف الشخصية للمجرمين . وقد حاولت السياسة الجنائية التقليدية الجديدة (النيو كلاسيك) تلافى هذا العيب ، فنادت بمراعاة هذه الظروف عند فرض العقوبة ، إلا أنها اتخذت حرية الاختيار ضابطا لتحديد هذه الظروف ، وهو ما أثبتت نتائج علم الإجرام عدم صحته ؛ باعتبار أنه من غير المنطقى تخفيف العقوبة على من تضعف إرادته ، بينما قد يؤدى هذا الضعف إلى اعتياده على الإجرام[1] . ولم يصلح علاجا لهذا العيب إلا الدعوة إلى التفريد التنفيذى للعقوبة ، لأنه لا جدوى لهذا التفريد إذا لم يكن القضاء بها قائما على تفريد قضائى سليم .

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسنى ، علم العقاب ، طبعة ١٩٧٣ ص ٦٩ .

وهكذا رأينا كيف أن السياسة الجنائية التقليدية (والتقليدية الجديدة) لم تقدم نموذجا صالحا لقيام الضرورة والتناسب على اعتبارات سليمة لإحداث توازن بين الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة والتى تتمثل فى تحقيق أهداف العقوبة. وجاءت السياسة الجنائية الوضعية لكى تضع مركز الثقل فى شخص المجرم أى خطورته بدلا من ماديات الجريمة، فأصبح التناسب المطروح بين رد الفعل والخطورة الإجرامية بقصد تحقيق هدف معين هو إصلاح المجرم مما لديه من أسباب الإجرام أو التخلص منه إذا لم يجد فيه هذا الإصلاح. وهكذا نجد أن قطبى التناسب بين الحقوق والحريات المعرضة للمساس لمواجهة الخطورة الإجرامية قد تمثل فى المقارنة بين ما تتعرض له هذه الحقوق والحريات من مساس بواسطة التدابير الاحترازية أو العقوبات وبين هذه الخطورة بقصد تحقيق أهداف هذه التدابير وهى الإصلاح أو درء شر المجرم. وأيا كان الهدف المبتغى من وراء التدابير إلا أن الواضح أنها كانت تتخذ ضد حالة نفسية لدى الشخص لا ضد فعل من أفعاله ارتكبه يقينا، الأمر الذى يعرضه للخطر.

وأيا كانت الانتقادات التى وجهت إلى هاتين السياستين الجنائيتين من الناحية العلمية من زاويتى علم الإجرام وعلم العقاب، إلا أن بحثنا يرتكز على زاوية أخرى تتعلق بالتوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة، لتحديد مدى قيام هذا التوازن على معايير سليمة للضرورة والتناسب.

وتحت تأثير الانتقادات سالفة الذكر والتى تدخل فى ميدان الحقوق والحريات، ظهر الاتحاد الدولى لقانون العقوبات (والذى أسس عام ١٨٨٠ وعقد عدة مؤتمرات دولية)[١] على أيدى البلجيكى برنس Prins والألمانى ليست Lizt، والهولندى هامل Hamel. وقد اعترف هذا الاتحاد بنظام العقوبة لتحقيق الردع العام مع الاعتماد على التفريد التنفيذى للعقوبة بقصد إصلاح المجرم أو استبعاده. واعترف الاتحاد أيضا بالتدابير الاحترازية فى الأحوال التى تعجز العقوبة عن مواجهتها. ولعل أهم ما يميز فكر هذا الاتحاد فى ميدان التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة

---

(١) وقد حلت محله الجمعية الدولة لقانون العقوبات سنة ١٩٢٤.

وانظر: Merle et Vitu, T.1, op. cit., No. 80,81, pp. 128-130.

وانظر: Saleilles, L'individualisation de la peine, Paris, 1927, p. 115 et S.

العامة هو إحاطة التدابير الاحترازية بالضمانات واشتراط أن يكون فرضها بحكم قضائي وبناء على قانون.

وتحت تأثير أفكار علم الإجرام وسائر العلوم الإنسانية، تبلورت حركة الدفاع الاجتماعي على يد محام إيطالي هو فيليب جراماتيكا مؤسس مركز دراسات الدفاع الاجتماعي في جنوا سنة ١٩٤٥. فقد نادى هذا العالم الجنائي بوجوب حماية المجتمع في مواجهة المجرمين عن طريق إعادة تأهيلهم اجتماعيا وتحسين أحوالهم مع اعتبار المجتمع مسئولا عن انحراف بعض أفراده. وأيا كان منطق هذه الحركة، فإنها قد خرجت عن الطابع القانوني للنظام الجنائي فلم تر ضرورة للتجريم والعقاب ولم تر محلا لبحث أي تناسب بين المساس بحقوق المجرم أو حرياته وبين رد الفعل المقرر لجريمته، باعتبار أن المطلوب هو إعادة تأهيله اجتماعيا بكافة الوسائل بعيدا عن قانون العقوبات وسائر الضمانات الواجب توفيرها لحماية حقوق وحريات المجرم. ويلاحظ أنه بتحليل الأساس الفلسفي لفكر جراماتيكا يتضح أولا أنه قد وجه بحثه نحو تعليل واجب الدولة في التأهيل الاجتماعي للفرد بدلا من حق الدولة في العقاب الذي أنكر وجوده. ولم يخل هذا المنطق عن بعض التفكير السياسي، لأنه لم يقصر نظريته على مجرد حماية المجتمع من أسباب الإجرام كما فعلت السياسة الجنائية الوضعية، بل اهتم اهتماما كبيرا بحماية الإنسان ككائن اجتماعي من خلال تفكيره السياسي. فهذه النظرية لا تقدم أساسا لفكر جنائي، بل هي في الوقت ذاته مذهب سياسي يحدد العلاقة بين الفرد والدولة. وفي إطار هذه العلاقة تكون الدولة مسئولة عن الانحراف الاجتماعي للفرد مما يوجب عليه تجاه الفرد تأهيله اجتماعيا والارتقاء به نحو الكمال، قائلا بأن حق الدولة في الدفاع الاجتماعي ينبع من واجبها في إصلاح أعضاء المجتمع والارتقاء بهم. وتعمل الدولة على أداء هذا الواجب تجاه الفرد الذي يتعين عليه الامتثال لا خضوعا تحت تأثير الإكراه، وإنما تنفيذا لحق الفرد ذاته في هذا التأهيل. ولا يجوز للفرد أن يتنازل عن هذا الحق أو أن يرفض التمتع به لأن هذا التنازل أو الرفض سوف يصبح عملا موجها ضده ويلحق به الضرر. وإذا كان جراماتيكا قد حاول إقامة نظريته بعيدا عن الفكر القانوني فاستبعد بذلك فكرة المسئولية الشخصية التي أخذت بها السياسة التقليدية، إلا أنه لم يقصد من وراء هذا الفكر إنكار الإرادة الحرة للفرد الذي يعني في ذات الوقت إنكار قيمة سامية من القيم المعنوية الرفيعة التي عرفتها الحياة الإنسانية في المجتمع.

فالانحراف الاجتماعى فى نظره لا يقوم إلا بإرادة الفرد؛ فهى الركن المعنوى لهذا الانحراف، أى أن الفعل الذى يعد أمارة على الانحراف الاجتماعى يجب أن يصدر عن إرادة فاعلة، سواء فى صورة القصد أو الخطأ غير العمدى. ولا يشترط بعد ذلك أن تترتب نتيجة معينة على سلوك الشخص، فالمهم هو التأكد من توافر إرادته للسلوك المناهض للمجتمع فى اللحظة التى أتاه فيها(١).

وفى عام ١٩٥٤، ظهرت حركة جديدة للدفاع الاجتماعى على يد المستشار مارك آنسل سجلها فى مؤلفه عن (الدفاع الاجتماعى الجديد)(٢) وقد نجح صاحب هذه الحركة فى الجمع بين الأساس العلمى للمدرسة الوضعية وبين حماية الحقوق والحريات. فبعد أن رفض الأفكار القانونية التجريدية التى قامت عليها المدرسة التقليدية وأخذ بمنطق المدرسة الوضعية فيما يتعلق بضرورة مراعاة شخصية المجرم لتحقيق الردع الخاص، نظرا إلى الجريمة بوصفها واقعة إنسانية مرتكبها ليس شيئا آخر غير الإنسان. فنادى بضرورة احترام حقوق الإنسان والاعتداد بإرادته الحرة كأساس للمسئولية الجنائية، وانتقد كافة الأفكار المصطنعة التى قام عليها الإغراق فى(القانونية) مثل استعارة الشريك لإجرام الفاعل، والاعتداء بمجرد العلم لتوافر القصد الجنائى مع تجاهل دور الباعث على ارتكاب الجريمة، ونادى بضرورة احترام مبدأ الشرعية ومبدأ ممارسة القاضى دوره فى الخصومة الجنائية من خلال إجراءات مشروعة، وقال بأنه لا يعارض فكرة القانونية، ولكنه يقف ضد إساءة استعمالها "abus du juridism" عن طريق الاعتماد على التصور القانونى(٣). ومن خلال اعتداد حركة الدفاع الاجتماعى بالإرادة الحرة للمجرم اعتبرت هذه الإرادة عنصرا فى تقدير شخصيته الإجرامية بالإضافة إلى سائر العناصر الذاتية المستمدة من شخصه (تكوينه الطبيعى واختلاجاته النفسية وحالته الاجتماعية) فى مجال تحقيق الردع الخاص، ونادت بإدماج العقوبات مع التدابير الاحترازية لكى تخضع جميعها لمبدأ الشرعية، ورفضت الأخذ بالتدابير المانعة التى تفرض قبل وقوع الجريمة ما لم

---

(١) انظر: Granatica; Principes de défense sociale, Paris 1964, p.30 et S., p. 53 etS., p. 273.

(٢) انظر: Marc Ancel, La défense sociale nouvelle, Paris, édition 1966.

(٣) انظر: Marc Ancel, op. cit., pp. 201,233 et 239.

وقد ذهب مارك آنسل إلى رفض فكر جراماتيكا القائم على إلغاء قانون العقوبات قائلا بأنه خطوة أولى نحو انتحار نظامنا القانونى الذى يقوم أساسا على حماية حقوق الإنسان.

وانظر مؤلفنا فى أصول السياسة الجنائية، طبعة ١٩٧٢، ص ٦٥ وما بعدها.

تتوافر الضمانات اللازمة لحماية حريته الشخصية، مؤكدة أن المشكلة هى فى التوفيق بين مبدأ الشرعية وهذه التدابير المانعة، الأمر الذى يتطلب عدم جواز فرض هذه التدابير إلا وفقا لضمانات كافية وفقا للقانون.

وهكذا يتضح أن الفكر السياسى للدفاع الاجتماعى الجديد يقوم على حماية حقوق الإنسان قولا من صاحب حركته أن الدفاع الاجتماعى ليس إلا تعبيرا جديدا لحقوق هذا الإنسان فى مواجهة المجتمع، وعنى بمعارضة الفكر السياسى للمدرسة الوضعية فنادى بوجوب حماية الإنسان الفرد أولا، باعتبار أن الدفاع الاجتماعى لا يتحقق فى نظره إلا عن طريق خليته الأولى وهو الإنسان(١).

إلا أنه بوفاة مؤسس حركة الدفاع الاجتماعى الجديد مارك آنسل سنة ١٩٩٠ بدأت الغيوم تحلق على سماء هذه الحركة. فقد انتهت بوفاته المؤتمرات والاجتماعات والندوات الدولية والمقالات التى كانت تمتلئ بها مجلة العلم الجنائى والقانون المقارن فى فرنسا وسائر المجلات الجنائية فى العالم. لقد توقفت الحركة، وعلى حد قول ميرل وفيتى أستاذى القانون الجنائى فى فرنسا يكفى الاطلاع على قانون العقوبات الفرنسى الجديد الصادر فى ٢٢ يولية سنة ١٩٩٤ حتى نتبين أن هذه الحركة فى طريق الزوال، مهما كانت آثارها التاريخية التى لا ينازع فيها أحد فى بعض المجالات(٢). ولقد انعكس هذا القول فى أنه على الرغم من أن قانون العقوبات الملغى صدر سنة ١٨١٠ وظل مطبقا لمدة تزيد على مائة وثمانين عاما رغم التطور الكبير الذى لحق المدارس الجنائية وعلى وجه الخصوص المدرسة الوضعية وحركة الدفاع الاجتماعى، فقد عبر وزير العدل الفرنسى عن القانون الجديد أمام اللجنة التشريعية للجمعية الوطنية قائلا بأن مشروع القانون يهدف إلى جعل هذا التقنين مسايرا لتطور المجتمع، وليس وضع أسس جديدة لقانون عقوبات جديد، وإنما تطوير معطيات قانون العقوبات الحالى(٣).

ومع ذلك، فقد ظهر اتجاه نحو تصحيح مسار السياسة التقليدية الجديدة فى ضوء حركة الدفاع الاجتماعى الجديد، أخذ مسمى التقليدية الجديدة المعاصرة - "néo

(١) Marc Ancel, op. cit., pp 300-323.

(٢) Merle et Vitu, T.1., op. cit., No.88, pp. 137, 138

(٣) انظر الدكتور محمد أبو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة فى قانون العقوبات الفرنسى الجديد، طبعة ١٩٩٧ ص ٢١.

"classicisme contemporain" فربطت بين فكرة المسئولية الشخصية والجزاء الجنائى، إلا أنها لم تعتبر - خلافا لفكر المدرسة التقليدية الجديدة - الجزاء الجنائى متدرجا بقدر هذه المسئولية ولم تعتبر مقدار حرية الإرادة ضابطا لتدرج العقوبة، وإنما نادت بتقدير العقوبة وفقا لاستعداد أو أهلية أو قابلية "Aptitude" المجرم لتحمل العقاب، والاستفادة منه فى المستقبل. فشخصية المجرم هى التى تحكم اختيار العقوبة لتحقيق الردع. على أن يتم معاملة المجرم فى أثناء تنفيذ العقوبة فى ضوء مفاهيم علم الإجرام وفى ضوء شخصيته الإجرامية(١).

٦٨ - مراعاة الضرورة فى مجالات التجريم والعقاب، وتدابير منع الجريمة

وفى غمار هذه التيارات الفكرية المختلفة التى تأثرت بها بعض التشريعات الجنائية، ظهر اتجاه إلى عدم وجوب الاعتماد على قانون العقوبات وحده فى حل مشكلة الجريمة، واعتبار كافة قطاعات المجتمع مسئولة عن مكافحتها، ومنها القطاع الجنائى. وفى ضوء هذا الاتجاه لم تعد مشكلة مواجهة الجريمة مجرد مشكلة قانونية بحتة، ولم يعد من الجائز معالجتها بنظرة مجردة تقوم على استخدام وسائل قانون العقوبات لمواجهتها(٢). وفى ضوء هذه النظرة ظهرت سياسة اللاتجريم "Décriminalisation"، للحد من الإسراف فى التجريم، وخاصة مع الجرائم المصطنعة التى استحدثتها بعض التشريعات. وقد ظهرت هذه السياسة بوضوح فى المؤتمر السادس لوزراء العدل فى أوروبا سنة ١٩٧٠، وفى الندوة العلمية الثالثة التى أقامتها الجمعيات الدولية المشتغلة بالعلوم الجنائية(٣)، والتى انعقدت فى بيلاجيو بإيطاليا فى مايو سنة ١٩٧٣(٤). كما لقى الموضوع الاهتمام ذاته فى المؤتمر الخامس للأمم المتحدة الذى عقد فى جنيف عام ١٩٧٥ لمكافحة الجريمة ومعاملة المذنبين.

---

(١) انظر: Merle et Vitu, op. cit., No.89-93, pp 138-145.

(٢) انظر مقالنا عن المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الخاص بمناسبة العيد المئوى لكلية الحقوق، سنة ١٩٨٣، ص ٣٩٩؛ ٤٦٧.

(٣) وهى الجمعية الدولية لقانون العقوبات والجمعية الدولية لعلم الإجرام والجمعية الدولية للدفاع الاجتماعى والجمعية الدولية لعلم العقاب.

(٤) La décriminalisation, Actes du colloque de Bellagio, 1973, Centre Nazionale di prevenzione E Difesa sociale.

ومقتضى هذا التجريم أن الضرورة لا تتوافر دائما للالتجاء إلى التجريم والعقاب من أجل مواجهة الانحراف الاجتماعى . وقد انعكس ذلك فى إلغاء تجريم بعض الأفعال فى فرنسا، مثل الزنا (منذ ١٩٧٥) ، والإجهاض (منذ ١٩٩٣). وجنبا إلى جنب مع الدعوة إلى اللاتجريم، ظهر اتجاه فى السياسة الجنائية إلى الحد من العقوبات السالبة للحرية تحت مسمى الحد من العقاب "Depenalisation"(١). فقد جاء المؤتمر الدولى لعلم الإجرام سنة ١٩٥٠ فدرس بوجه خاص مشكلة العقوبة المقيدة للحرية وضرورة البحث عن عقوبات بديلة لها . ومن هذه الزاوية أعيد تقييم أهداف النظام العقابى بأسره، بعد أن لوحظ أن «جهود المجتمع لمعالجة المجرمين كانت فى أسوأ تقدير غير إنسانية، وفى أحسن تقدير غير فعالة، وأنها فى الغالب عقيمة، وفى جميع الأحوال مشوشة»(٢).

ولا يحول الحد من العقاب دون اعتبار الأفعال غير اجتماعية. على أن الحد من العقاب لا يعنى بالضرورة إلغاء العقاب تماما، وإنما يعنى إما إلغاء بعض العقوبات أو منع تعدد العقوبات. ويلاحظ أن اتجاها معاصرا ينادى بتخويل جهات الإدارة سلطة فرض الغرامات كبديل للعقاب، وهو اتجاه لا يتفق مع الدستور المصرى الذى ينص على أنه لا عقوبة بغير حكم قضائى. ومعيار الاتجاه نحو الحد من التجريم والعقاب هو انتفاء الضرورة والتناسب. فلا يجوز الالتجاء إلى التدخل الجنائى إلا إذا كان هو الوسيلة اللازمة لحماية الحقوق والحريات عندما تتعرض للاعتداء أو لحماية المصلحة الاجتماعية.

وقد أشير إلى أن دراسات علم الإجرام فى الأعوام الأخيرة أثبتت ضعف تأثير رد الفعل العقابى على الإجرام، وأن هذا الإجرام ليس إلا محصلة مجموعة من أعمال رد الفعل الاجتماعى. وصاحب ذلك الدعوة إلى رفض الإستراتيجيات القائمة على النظام العقابى لمواجهة الجريمة، وضرورة عدم التركيز على الفرد الذى ارتكب الفعل الإجرامى، لأن عوامل الجريمة توجد خارج هذا الفرد. وهو ما يؤدى

---

(١) انظر فى الموضوع:
Sacotte; Le mouvement de dépénalisation, la limitation et la privation de liberté dans les paysde l'Eroupe occidentale, Archives politique criminelle, 1982, p. 61 et S.

(٢) D. Gattlredon, sentencing trends in the united states; Implications for clinical criminology, Rasengne di criminologia, vol. X, No.1 (1979) p. 151.

فى نظر هذا الاتجاه إلى عجز النظام العقابى مهما بنى على عقوبات نموذجية أو رادعة، أو معاملة إصلاحية للجانى، لأن هذا الوضع لا يعالج سوى جزء صغير من مجموع مشكلة الإجرام، وهو ما يؤدى إلى فشل الاعتماد على «السجن» كحل مثالى لكثير من المشكلات الاجتماعية التى تقع تحت وصف الجرائم. وبالتالى، فإن الضرورة هى فى معالجة عوامل الجريمة لا فى معاقبة مرتكبيها[1]. ومؤدى هذا الاتجاه أن معالجة ظاهرة الجريمة تتم خارج النظام القانونى العقابى، وهو ما لا يمكن التسليم به، حماية للنظام القانونى وضمانا للحقوق والحريات. وكل ما يمكن السماح به هو وضع إستراتيجيات منع الجريمة فى إطار الوظيفة الاجتماعية التى تنهض بها الدولة جنبا إلى جنب مع النظام العقابى مع التشديد فى مفاهيم الضرورة الاجتماعية لتجنب التضخم فى التجريم والعقاب.

وواقع الأمر، فإنه كما أشارت الأستاذة كارتيير[2] فإن الضرورة التى تدعو إلى فرض عقوبة سالبة للحرية تفرض بناء على أربعة متطلبات، هى: حماية المجتمع، ومعاقبة الجانى، وإصلاح المحكوم عليه، وإعداده للاندماج «المحتمل» داخل المجتمع.

---

(١) انظر: بحث فى مؤلف Ross Hastings; La prévention du crime. l'illusion d'un consensus. problémes actuels de science criminelle, VI, op. cit., pp. 53 - 55.

(٢) M.E. Cartier, op.cit., p. 169.

الفصل الثالث

الرقابة الدستورية على التوازن المطلوب

٦٩ - الرقابة الدستورية على الضرورة والتناسب

وفى صدد العلاقة الوثيقة بين الضرورة والتناسب، عنى المجلس الدستورى الفرنسى باستخدام معيار التناسب(١).

وواقع الأمر، أنه إذا نظرنا إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ والذى اتخذه المجلس الدستورى أساسا لاشتراط الضرورة والتناسب فى التجريم والعقاب، نجد أن المادة الخامسة من هذا الإعلان قد نصت على أنه لا يجوز للتشريع أن يمنع سوى الأعمال الضارة بالمجتمع actions nuisables à la société، وأن المادة الثامنة منه قد نصت على أن التشريع لا يمكنه أن يفرض سوى عقوبات ضرورية على وجه الدقة واليقين.

وهكذا يتبين أن اشتراط أن تكون الأعمال محل التجريم ضارة بالمجتمع قد عكس مفهوم الضرورة الاجتماعية، وهو ما نصت عليه المادة الثامنة سالفة الذكر بوضوح بالنسبة للعقوبة. وفى ضوء هذه الضرورة كان التناسب مطلوبا فى كل من التجريم والعقاب، لأنه لا ضرورة بغير تناسب(٢).

ولم ينفرد إعلان حقوق الإنسان والمواطن بهذا الضابط، فقد ردده الإعلان

---

(١) 88 - 248 Dc du 17 janvier 1989, Recueil juris const., op. cit., p. 339, 89 - 260 Dc du 28 juillet 1989, Recueil juris const., op. cit., p. 3658

(٢) انظر الأحكام الصادرة فى ١٠ و ١١ أكتوبر سنة ١٩٨٤، و ٢٧ يولية سنة ١٩٨٢، و ٢٦ يولية سنة ١٩٨٤، و ٢٩ يولية سنة ١٩٨٦ و ١٧ يناير سنة ١٩٨٩ مشارا إليها فى:
Delmas marty, op. cit., p. 161.
(La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, colloque des 25 et 26 Mai 1989 au conseil constitutionnel, Paris, P.U.F., 1989).

العالمى لحقوق الإنسان (١٩٤٨) فى عبارات أخرى، حينما اشترطت المادة الخامسة منه عدم تعريض الإنسان للعقوبات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة، وعندما أجازت المادة الثامنة من هذا الإعلان لكل شخص الحق فى أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها «اعتداء» على الحقوق الأساسية التى يمنحها له القانون، وعندما نصت المادة ١٢ من الإعلان المذكور على عدم جواز تعريض أحد للتدخل «التعسفى» فى حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملات على شرفه وسمعته. فباستقراء هذا الإعلان، نجد أنه لم يسمح مطلقا باستخدام القسوة أو الوحشية أو الحط من الكرامة الإنسانية فى العقوبات، ولم يسمح بالاعتداء على الحقوق الأساسية أو التعسف فى التدخل فيها. ولاشك فى أن القسوة والاعتداء والتعسف، وهى قسائم متساوية فى مراميها، تشترك فى مدلول واحد هو أن المساس بالحقوق والحريات لا يستند إلى تبرير ضرورى، ولا يتناسب مع السبب الذى أدى إليه. فالضرورة والتناسب لا تقوم معهما القسوة ولا الحط من الكرامة الإنسانية، ولا الاعتداء ولا التعسف.

كما جاء العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية الذى أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٦ فأكد مبدأ عدم خضوع أحد لعقوبات قاسية أو غير إنسانية أو حاطة بالكرامة (المادة ٧)، ولم يجز المساس بحرية أحد ما لم تكن هناك أسباب تدعو إلى ذلك وفقا للإجراءات المنصوص عليها فى التشريع (المادة ٩).

وقد أكدت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان (١٩٥٠) ضابط الضرورة؛ إذ أوضحت المواد من ٨ إلى ١١ من هذه الاتفاقية فى مجموعها أن ممارسة الحقوق والحريات يمكن أن تخضع لشروط أو قيود أو جزاءات ينص عليها القانون، مما يعد تدابير (ضرورية) فى مجتمع ديمقراطى، لحماية الأمن الوطنى ووحدة الكيان الإقليمى للدولة، أو للمحافظة على الأمن العام، أو الدفاع عن النظام، أو منع وقوع الجريمة، أو حماية الصحة أو الأخلاق، أو حماية حقوق الغير فى مواجهة إفشاء الأسرار الخاصة، أو لضمان استقلال سمعة وحيدة القضاء (المادة ١٠/ ٢). وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأنه يمكن للمشرع أن يضع القواعد التى تنظم ممارسة حرية نقل الأفكار والآراء وأن يضع جزاءات جنائية على مخالفتها «بقصد ضمان فاعليتها أو التوازن بينها مع غيرها من القواعد أو المبادئ ذات القيم الدستورية».

وبالاطلاع على الدستور المصرى، يتضح أنه فى مجموعه ينبع عن فكرة الضرورة الاجتماعية والتناسب فيما يتعلق بالمساس بالحقوق والحريات. فالمادة ٤١ من هذا الدستور لا تجيز تقييد حرية أحد بأى قيد إلا بأمر تستلزمه «ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع». كما أن المادة ٤٢ من هذا الدستور تحظر تقييد حرية أحد إلا بما يحفظ كرامة الإنسان. وواقع الأمر، فإن مبدأ التناسب الذى لا تقوم الضرورة فى التجريم إلا بمراعاته، يتمتع فى ذاته بذات القيمة الدستورية التى تتمتع بها سائر الحقوق والحريات والمصلحة العامة، لأنه من خلال احترام هذا المبدأ يتم احترام كافة القيم الدستورية التى نالت حماية الدستور بطريقة منطقية متوازنة.

ويحقق ضابط الضرورة والتناسب فى التجريم والعقاب الدور الاجتماعى لقانون العقوبات. فنصوص التجريم تعبر عن القيم الاجتماعية التى يؤمن بها المجتمع لحماية وجوده وأمنه وسائر مصالحه. ويدلل التطور الاجتماعى لقانون العقوبات على مدى تأثير القيم البدائية ومعتقداتها وطريقة الإنسان البدائى فى الحياة فى صورة التجريم والعقاب فى المجتمعات الأولية، وأن التطور الاجتماعى والثقافى والاقتصادى انعكس على القيم التى يؤمن بها المجتمع والتى تؤثر فى تحديد مصالحه التى يحميها بالتجريم والعقاب مستهدفا من وراء ذلك تعميق هذه القيم فى نفوس الناس. وتسهم الأخلاق والعقيدة الدينية فى تكوين هذه القيم.

والضرورة الاجتماعية ليست ثابتة جامدة، بل إنها متغيرة بتغير الظروف وتطور المصالح والقيم. وقد أدى التطور السياسى والاجتماعى والتكنولوجى والاقتصادى إلى ظهور جرائم مستحدثة، منها الجرائم ضد الإنسانية، والاتجار فى المخدرات، وغسيل الأموال والإرهاب والاتجار فى النساء والأطفال، والاتجار غير المشروع فى السلاح. كما اتخذت بعض هذه الأفعال شكل الجريمة المنظمة التى قد تتجاوز حدود الدولة، والتى تعمل عادة بطريق العنف فى أنشطة تهدف من ورائها إلى الحصول على المال أو السلطة(١). مما يعرض أمن المجتمع ومصالحه للخطر،

---

(١) Sherif Bassioni and Eduardo Vetere; Towardes understanding organized crime and its Transnational manifestations (Organized crime, Transnational Publshers, inc. Ardsley, New York, p. XXVIII.

وقد أثبتت الملاحظة أن الجريمة المنظمة تعتمد على الترويع والعنف لتحقيق أهدافها. وقد اعتمد الاتحاد =

ويتطلب مواجهة شاملة من خلال التجريم والعقاب فى إطار التعاون الدولى[1]. وقد تتطلب هذه المواجهة تجريم مجرد الانضمام للجماعة المنظمة ولو لم ينتج أثراً.

وليس ثمة ما يحول بين المشرع وبين أن يقيم مسئولية جنائية تقوم على الإخلال بالالتزام التعاقدى إذا كان الإخلال بهذا الالتزام قد أخذ بمصلحة اجتماعية لها وزنها. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا فى هذا الصدد على أن الدستور لا يتضمن قاعدة كلية أو فرعية تحول دون تدخل المشرع لتأثيم الإخلال بالتزام لم ينشأ مباشرة عن نص القانون، وإنما كان العقد مصدره المباشر[2].

ولا شك فى أن المحكمة الدستورية العليا يقع عليها عبء مراقبة مشروعية الضرورة والتناسب فى التضحيات التى تتحملها القيم التى يقوم عليها النظام الدستورى. فإذا أقدم المشرع على إحداث عدم تناسب ظاهر لا يتفق مع الأهداف والمقاصد التى استهدفها الدستور من وراء حماية الحقوق والحريات وسائر القيم التى ينص عليها، تعرض للقضاء بعدم دستورية القاعدة التى أخلت بضوابط الضرورة والتناسب المطلوب. فالسلطة التقديرية للمشرع فى تحديد الضرورة والتناسب فى التجريم والعقاب ليست مطلقة، وإنما تحدها الغايات التى استهدف الدستور تحقيقها، لأن السلطة التشريعية لا تمارس اختصاصها إلا فى حدود الدستور. فالضرورة والتناسب يكونان معا معيارا دستوريا يتعين الالتزام به. وواقع الأمر، أن الدستور إما أن يعبر عن أحكامه بقواعد محددة تتقيد بها إرادة المشرع،

= الأوربى على تعريف للجريمة المنظمة ينبنى على توافر ٧ من الخصائص الآتية:
١ - التعاون مع أكثر من اثنين. ٢ - تكليف كل من المساهمين فيها بمهمة معينة. ٣ - أن تكون مهمة المجرمين ممتدة أو غير محددة بمدة معينة. ٤ - يخضع تنفيذها لشكل من أشكال النظام أو الرقابة. ٥ - تهدف إلى ارتكاب جرائم خطيرة. ٦ - تعمل على المستوى الدولى. ٧ - تستخدم العنف أو غير ذلك من الوسائل الملائمة للترويع. ٨ - تستخدم هياكل تجارية أو هياكل قطاع الأعمال. ٩ - تعمل فى غسيل الأموال. ١٠ - تستخدم تأثيرها فى السياسة والإعلام والإدارة العامة، والهيئات القضائية والاقتصادية. ١١ - تتقرر من أجل الحصول على المال أو السلطة.
ويشترط توافر الخصائص رقم ١ و٥ و١١ فى أية جريمة أو عصابة إجرامية ينطبق عليها وصف الجريمة

(١) انظر أعمال المؤتمر الدولى السادس عشر لقانون العقوبات الذى عقدته الجمعية الدولية لقانون العقوبات المنعقد فى بودابست فى الفترة ما بين ٥ - ٩ سبتمبر ١٩٩٩.

(٢) دستورية عليا فى ٨ يوليو سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٩ (مكرر) فى ٢٢ يوليو سنة ٢٠٠٠.

وإما أن يلجأ إلى وضع مبادئ تحدد الغايات التى يجب تحقيقها من وراء نصوصه، وتستنبط هذه الغايات من مجمل نصوص الدستور. ومن واجب المحكمة الدستورية العليا أن تبلور المضمون القاعدى لهذه المبادئ التى تحدد مقاصد المشرع الدستورى، وتراقب المشرع العادى فى ضوء احترامه لهذا المضمون. وبالتالى تكون رقابة المحكمة الدستورية العليا للمشرع فى تقديره للتناسب هى رقابة مشروعية دستورية وليست محض تدخل فى سلطته التقديرية[1]؛ وذلك باعتبار أن مقاصد الدستور وغاياته وإن تجلت فى ثنايا الدستور كمبادئ عامة، إلا أن المحكمة الدستورية بحكم رسالتها تضفى عليها مضمونا قاعديا يأخذ وضعه الأسمى فى هرم القواعد القانونية المتدرج، فيتقيد المشرع العادى به فيما يضعه من قواعد. إلا أن **الإخلال يجب أن يكون واضحا ظاهرا جليا يكشف بقوة هذا الوضوح عن انتفاء الضرورة أو عدم التناسب فى التجريم والعقاب، بل وينطق به دون أن يحتاج الأمر إلى مراجعة فى السلطة التقديرية للمشرع والتى تقوم على اعتبارات الملاءمة فى اختيار أفضل الوسائل لتحقيق المقاصد التى توخاها المشرع الدستورى.** وكما تقول المحكمة الدستورية العليا، فإن الجزاء الجنائى لا يكون مخالفا للدستور إلا إذا اختل التعادل بصورة ظاهرة بين مداه وطبيعة الجريمة التى تعلق بها، ودون ذلك يعنى إحلال المحكمة لإرادتها محل تقدير متوازن من السلطة التشريعية للعقوبة التى فرضتها[2]. ويعد الإخلال بالتناسب ظاهرا إذا كان من شأنه أن تفقد الحقوق والحريات جوهرها ومحتواها لدى المشرع، ففى هذه الحالة يبدو جليا مدى الإخلال بالمقاصد التى استهدفها الدستور. وفى هذا المعنى، نص الدستور الأسبانى فى المادة ٥٣/ ١ على التزام المشرع باحترام المضمون اللازم "Contenu essentiel" للحقوق والحريات. وقد عبر المجلس الدستورى الفرنسى عن الفكرة ذاتها رغم خلو الدستور الفرنسى منها، فى إرسائه للمبادئ الأساسية التى تعتمد عليها حماية

---

(١) انظر فى الموضوع: Alessandro Pizzorusso; Le controle de la Cour constitutionnelle sur l'usage par le législateur de son pouvoir d'appréciation discretionnaire; Annuaire International de Justice constitutionnelle, Paris, Economica, 1986, pp 35-54.

وقد قضت محكمة التحكيم البلجيكية بأنه لا يجوز فى سبيل حماية المصلحة العامة التضحية بالمبادئ الأساسية للنظام القانونى البلجيكى. القرار رقم ٩٠ـ١٨ فى ٢٣ مايو سنة ١٩٩٠.

(٢) دستورية عليا فى ٨ يوليو سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٩ (مكرر) فى ٢٢ يوليو سنة ٢٠٠٠.

الحرية الشخصية ، وفى اعتبار أن المساس الجسيم "Atteinte excessive" للحقوق «الأساسية» يعد تجاوزا من المشرع لسلطته التقديرية ، وخروجا على حدود النظام الدستورى التى لا يجوز له أن يتخطاها[1].

وقد قضت المحكمة الدستورية الأسبانية بأنه وإن كان المشرع ينفرد بتحديد المصالح القانونية الواجب حمايتها وبتحديد السلوك المعاقب عليه ، وكذلك بإقامة التناسب بين السلوك المعاقب عليه والجزاء الجنائى ، إلا أن القاضى الدستورى يقتصر على بحث مدى ملاءمة الجزاء الجنائى إذا كان هذا الجزاء فى ظاهره غير مفيد . وتطبيقا لذلك ، فإن إساءة استخدام حرية التعبير لأغراض انتخابية وإن كانت تعد غير مشروعة ، إلا أن الجزاء الجنائى المقرر لها يجب أن يكون فى أضيق الحدود[2]. وقضت بأن القيود المفروضة على ممارسة الحقوق الأساسية يجب تفسيرها وتطبيقها على نحو ضيق ، ولا يجوز التوسع فى ذلك عما هو ضرورى للمحافظة على المصالح والحقوق الدستورية المحمية[3]. كما قضت بأن جسامة الجزاء المنصوص عليه فى المادة ٣٨٠ من قانون العقوبات الأسبانى يؤدى بسبب عدم تناسبه مع أهداف هذا النص أو مع كرامة السلوك الإنسانى إلى مخالفة للحق فى الحرية[4]، فهو جزاء يؤدى إلى تضحية غير مفيدة وجسيمة بالحرية .

وقضت المحكمة الدستورية المجرية بأن الضرورة نحو جعل كل السلوك جريمة معاقبا عليها يجب أن تخضع لبحث دقيق ومتعمق ، فلا يجوز لقانون العقوبات أن يقيد حقوق الإنسان وحرياته إلا إذا تطلبت ذلك ضرورة مطلقة وبالتناسب مع

---

(١) انظر :
Décision no. 75-77 Dc du 12.1.1977.
Décision no. 93-325 Dc des 12 et 13.8.1993.
Pierre cambt; La protection constitutionnelle de la liberté de la individuelle en France et en Espagne, Paris, Economica, 1998, p 109.

(٢) المحكمة الدستورية الأسبانية فى ٢٠ يولية سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٣٦ لسنة ١٩٩٩ (منشور فى Annuaire International de la justice constitutionnelle, 1999, p. 533-537.)

(٣) المحكمة الدستورية الأسبانية (الدائرة الثانية) فى ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٩٧ ، القضية رقم ١٥١ لسنة ١٩٩٧ الجريدة الرسمية العدد ٢٦٠ فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٩٧ .
Bulletin de jurisprudence constitutionelle, conseil de l'Europe, 1997, p. 319.

(٤) المحكمة الدستورية الأسبانية فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١٦١ لسنة ١٩٩٧ ، الجريدة الرسمية العدد ٢٦٠ فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٩٧ Bulletin, op, cit., p 395.

الجريمة[1]. وقالت بما مؤداه أن سلطة المشرع فى التجريم مقيدة بعدم التضحية بحقوق الإنسان وحرياته فى غير ضرورة تمليها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها[2]. وأكدت على أنه لا يجوز للمشرع أن يجرّم غير الأفعال التى تربطها علاقة منطقية بتلك الأضرار الاجتماعية التى يقوم الدليل جليا على تشخيصها وتوكيدها[3]. وقضت بما مؤداه أن اتخاذ الجزاء الجنائى يعد أداة لحمل الناس على إتيان الأفعال التى يأمرهم بها أو التخلى عن تلك التى ينهاهم عن مقارفتها إذا كان مبررا من وجهة اجتماعية ولم يجاوز حدود الضرورة التى اقتضتها ظروف الجماعة فى مرحلة من مراحل تطورها[4].

ومن منطلق اشتراط التناسب فى العقاب جاءت علة عدم دستورية العقوبات القاسية. وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا فى مصر بأنه لا يجوز أن يكون الجزاء الجنائى بغيضا أو عاتيا، وهو يكون كذلك إذا كان بربريا أو تعذيبيا أو قمعيا، أو متصلا بأفعال لا يجوز تجريمها، وكذلك إذا كان مجافيا - بصورة ظاهرة - للحدود التى يكون معها متناسبا مع الأفعال التى أثمها المشرع، بما يصدم الوعى أو التقدير الخلقى لأوساط الناس فى شأن ما ينبغى أن يكون حقا وعدلا على ضوء مختلف الظروف ذات الصلة، ليتمحض الجزاء عندئذ عن إهدار للمعايير التى التزمتها الأمم المتحضرة فى معاملتها للإنسان[5]. وربطت المحكمة الدستورية العليا

---

(١) المحكمة الدستورية المجرية فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٩٩٧.
Bulletin, op, cit , p. 395.

(٢) دستورية عليا فى ٣ أغسطس سنة ١٩٩٦ القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٨ قاعدة رقم ٣ ص ٦٧.

(٣) دستورية عليا فى ٥ يوليو سنة ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٨ قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٣١.

(٤) مثال ذلك معاقبة الزوج إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته على خلاف ما هو مقرر فى المادة ١١ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ لتزوجه بأخرى دون علمها وإقراره فى وثيقة الزواج بأنه ليست فى عصمته زوجات ولا معتدات بالمخالفة للحقيقة (دستورية عليا فى ٣ يونية سمة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ١٤٥ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»).

(٥) دستورية عليا فى ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٩٧ مكررا، فى ١٧ فبراير سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٢٢ ص ٣٩٣، ٤ يناير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٦ يناير سنة ١٩٩٧ (العدد ٣)، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ (العدد ٢٩)، ١ سبتمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٩٧ (العدد ٣٧).

بين الضرورة والتناسب، فقالت لا يجوز أن يؤثم المشرع أفعالا فى غير ضرورة اجتماعية ولا أن يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة(1).

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بعدم دستورية نص الفقرة ٤ من المادة ٥ من قانون نقابات المهن التمثيلية والسينمائية والموسيقية، وكذا المادة ٥ مكررا من هذا القانون، على أساس أن المادة ٥ مكررا سالفة الذكر عاقبت غير أعضاء نقابة المهن التمثيلية والسينمائية الذين يقحمون أنفسهم على نشاطها دون تصريح بعقوبة الحبس والغرامة أو إحداهما دون قيد يتعلق بالحد الأقصى لأيهما، فإنها تكون عبئا باهظا على أعمال الإبداع لتجاوز قسوتها ما يفترض أصلا من تشجيعها وإنمائها والحض عليها بكل الوسائل، عملا بنص المادة ٤٩ من الدستور، مما يعد تجاوزا لقدر الضرورة الاجتماعية التى لا يجوز أن يكون بنيان التجريم منفصلا عن متطلباتها(2). وقد التزمت المحكمة الدستورية العليا بضابط الضرورة فى كل من التجريم والعقاب، فقضت بأن شرعية الجزاء - جنائيا أو مدنيا أو تأديبيا - مناطها أن يكون متناسبا مع الأفعال التى أثمها المشرع، أو خطرها أو قيد مباشرتها، وأن الأصل فى العقوبة هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر لزومها، بما مؤداه أن الجزاء لا يكون مبررا إلا إذا كان مفيدا من وجهة اجتماعية، فإن كان مجاوزا تلك الحدود التى لا يكون معها «ضروريا»، غدا مخالفا للدستور(3).
وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن ما تضمنته الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١٣٠ من قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ من فرض غرامة تأخير بنسبة ٥٠٪ من الاشتراكات المتأخرة ينطوى على معنى العقوبة فى ذلك الجزاء وإن لم يكن عقابا بحتا، وكان يجب أن يفرق المشرع فى هذا الجزاء بين من يتعمدون اقتناص هذه المبالغ لحسابهم، ومن يقصرون فى توريدها، وأن يكون الجزاء على هذا التقصير متناسبا مع المدة التى امتد إليها(4).

---

(1) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٣ فى ١٦ يناير سنة ١٩٩٧، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٨ قاعدة رقم ١٧ ص ٢٤١.
(2) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٧ المشار إليه فى الهامش السابق.
(3) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية، الجريدة الرسمية فى ١٦ يناير سنة ١٩٩٧ العدد ٣، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٨ قاعدة رقم ١٧ ص ٢٤١.
(4) دستورية عليا فى ٣ يونية سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ٢١ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية».

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أنه كلما كانت فكرة الجزاء ـ جنائيا كان أو تأديبيا أو مدنيا ـ تعنى مجاوزة الحدود التى يجوز التسامح فيها، وكلما كان الجزاء مقررا لضرورة، ومتناسبا مع الأفعال التى أثمها المشرع أو منعها، متصاعدا مع خطورتها ـ كان موافقا للدستور(١).

ويؤكد ما تقدم، أن التوازن بين الحقوق والحريات، وسائر القيم الدستورية المتمثلة فى حقوق وحريات الغير أو فى المصلحة العامة؛ يجب أن يتم وفقا للضرورة الاجتماعية والتناسب. وكلاهما من واد واحد؛ فالضرورة لابد أن تكون بقدرها. ومن هنا جاء التناسب(٢)، ولا تناسب إلا بالقدر الضرورى. وهكذا فإن ضابط الضرورة والتناسب، يحكم مبدأ أو نطاق تدخل المشرع لتقييد الحقوق والحريات التى تعد أصلا عاما لا يجوز المساس به بغير ضرورة وتناسب.

وقد ذهبت المحكمة العليا الأمريكية إلى مراقبة هذا التناسب فى العقوبات بالنسبة إلى عقوبة الإعدام فى ضوء ما نص عليه التعديل الدستورى الثامن من عدم جواز خضوع أحد لعقوبة قاسية. وأصدرت أحكاما مختلفة حسب كل حالة على حدة، ولكن مجموع هذه الأحكام التزام بفكرة «الطابع المعقول للعقوبة»(٣).

وقد عنى الإعلان الفرنسى لحقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ بالنص فى مادتيه الخامسة والسادسة على أن تكون الجريمة والعقوبة ضرورية "nécessaire". وتطبيقا لذلك، قضى المجلس الدستورى فى فرنسا بعدم دستورية نص المادة ٤٢١/ ١ من قانون العقوبات التى اعتبرت من أعمال الإرهاب مجرد مساعدة أجنبى على دخول البلاد أو التنقل أو الإقامة بها على وجه غير مشروع؛ وذلك على أساس أن المشرع جرم هذا السلوك بذاته بناء على هذا الوصف، رغم أنه قد لا تكون له علاقة مباشرة مع العمل الإرهابى الذى قارفه هذا الأجنبى، دون إخلال بإمكان اعتبار هذا الفعل اشتراكا فى أعمال الإرهاب، أو إخفاء للمتهم

---

(١) دستورية عليا فى ٦ يونية سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٨ قاعدة رقم ١٠٤ ص ٣٦٥.

(٢) انظر :

La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Paris, P.U.F.,1989.

Delmas Marty, La jurisprudence du conseil constitutionnel et les droits fondamentaux, droit pénal, p.163.

(٣) 96-377 Dc du 16 Juillet, 1996 Recueil, p. 671.

بالإرهاب أو اشتراكا فى جمعية إرهابية إذا توافرت الشروط التى يتطلبها القانون لقيام هذه الجريمة. وقد أسس المجلس الدستورى قضاءه على عدم توافر شرط الضرورة فى التجريم والعقاب فى هذه الحالة[١]، وانتهى المجلس إلى أن المشرع قد مارس تقديره دون تناسب ظاهر "Disproportion manifeste". وذهب المجلس الدستورى فى حالة أخرى إلى أنه لا يجوز للمشرع أن يضع عقوبات غير ضرورية[٢]. وعلق الفقه الفرنسى على ذلك بأنه قبل التحقق من ضرورة العقوبة يجب التحقق من ضرورة الجريمة. وأنه فى المثال السابق تتوافر الضرورة عندما يكون فعل مساعدة الأجنبى على دخول البلاد أو التنقل أو الإقامة بها على وجه غير مشروع قد تم عمدا لمساعدة مشروع فردى أو جماعى يهدف إلى إحداث ضرر جسيم بالنظام العام بواسطة الترويع أو التخويف[٣]. واستقر المجلس الدستورى فى فرنسا إلى عدم دستورية الجزاء الذى يبدو ظاهرا "Disproportion manifeste" عدم تناسبه مع الوقائع التى تؤدى إليه[٤].

وقد أطلق المجلس الدستورى الفرنسى[٥] عدة عبارات مختلفة فى مجال رقابته على عدم التناسب؛ منها القول بعدم التناسب المبالغ فيه "Disproportionnés de manière excessive" أو التفاوت الواضح "Disparité manifeste" أو الخطأ الواضح فى التقدير "Erreur manifeste" أو عدم التناسب الذى لا يوجد ما يبرره بطريقة واضحة "Manifestement injustiable". وذهب المجلس الدستورى إلى أنه عند عدم وجود تناسب ظاهر بين الجريمة والعقوبة المترتبة عليها، فليس للمجلس الدستورى أن يحل تقديره الشخصى محل تقدير المشرع فيما يتعلق بضرورة

---

(١) 20 Janvier 1993, Rec. p. 14 .

(٢) انظر مؤلفنا «الحماية الدستورية للحقوق والحريات»، مرجع سابق، ص ٨٨ وما بعدها، وانظر:
Thampson V. Oklahoma 108 S.G. 2687 (1988); Stanford V. Kentucky S. Ct. Req, no. 57 - 5765 (1989).

(٣) Chronique, France Annuaire International de la justice constitutionnelle, 1996, p.692.

(٤) انظر: Chronique, France, Annuaire, op. cit., 1993, p. 511.
Louis Favoreu, la constitutionnalisation du droit pénal, et de la procédure pénale, droit pinal contemporain, Mélanges Vitu, Edition cujas, 1989, p. 188.

(٥) انظر:
Ferdinand Mélin - Soucramanien; Le principe d'Egalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, Paris, Economica, 1997, p.197.

العقوبات المترتبة على الجرائم(١). وذهب المجلس الدستورى إلى عدم دستورية الغرامة الضريبية بسبب إخفاء دخل الممول عندما تنطوى على عدم تناسب ظاهر، وذلك إذا كان مبلغ الغرامة متساويا مع الدخل المخفى، وذلك باعتبار أن هذا الجزاء فى كثير من الأحوال يكشف عن عدم تناسب ظاهر مع الفعل الذى أتاه المتهم(٢). وقضى المجلس الدستورى الفرنسى كذلك بعدم دستورية النص الذى يوقع عقوبة «أوتوماتيكية» عند وقوع المخالفة، حائلا دون مراعاة ظروف المخالفة، أو ربط توقيع العقاب على أساس جسامة الفعل. وقد أسس المجلس الدستورى الفرنسى قضاءه بعدم الدستورية على أساس إنكار مبدأ الضرورة عند فرض العقوبات المنصوص عليها فى المادة ٨ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن(٣).

وقد اتجهت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى مراقبة شرط «التناسب» فى الجزاءات التى تمس الحريات التى تحميها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان(٤). كما أوصى المجلس الأوروبى سنة ١٩٩٢ (التوصية رقم ١٩٢) بضرورة التأكيد عند النطق بالعقوبات على مراعاة التناسب بين جسامة الجريمة والعقوبة.

٧٠- معيار التناسب فى قضاء المحكمة الدستورية العليا

ميزت المحكمة الدستورية العليا بين معيار التناسب لتحقيق الردع العام ومعياره لتحقيق الردع الخاص. فبالنسبة إلى الردع العام تتدرج العقوبة على ضوء خطورة الجريمة، أما الردع الخاص فإنه يتحدد من خلال علاقة منطقية تربطها مباشرة وبمن ارتكبها فى ضوء عوامل موضوعية تتصل بالجريمة فى ذاتها، وبعناصر شخصية تعود إلى مرتكبها. وينال هذا التناسب قيمة دستورية لارتباطه بشخصية العقوبة بمن

---

(١) 80-127 Dc d es 19 et 20 Janvier 1981 (Rec. p 15; Grandes decisions, 4éme éd p.477).
وانظر: 99-411, Dc du 16 Juin 1999 (Annuaire International de la jurisprvden ce constitutionnelle, 199, p. 624.

(٢) 87-237 Dc du 30 Décembre 1987 (Rec. n° 63).
وانظر: 96-377 Dc du 16 Juill 1996, Jo 23 Juill

(٣) انظر: Décision 2000-433 Dc du 27 Juillet 2000, Liberté de communication (Annuaire International de Justice constitutionnelle, 2000, pp. 738, 739).

(٤) انظر ملاحظات: B. Genevois, La jurisprudence du conseil constutitionnel en 1987 (Annuaire, op. cit., 1987, p. 596).

يكون مسئولا عن ارتكابها، على ضوء دوره فيها ونواياه التى قارفها، وما نجم عنها من ضرر، ليكون الجزاء عنها موافقا لخياراته بشأنها[1].

وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن النص على توقيع العقاب على الاتفاق الجنائى على ارتكاب جناية أو جنحة، حتى لو لم يتم ارتكابها فعلا - لا يحقق ردعا عاما ولا خاصا، بل إن ذلك قد يشجع المتفقين على ارتكاب الجريمة محل الاتفاق طالما أن مجرد الاتفاق على اقترافها سيؤدى إلى معاقبتهم بذات العقوبة[2].

٧١ - التناسب فى إطار مبدأ المساواة أمام القانون

يعد التناسب الواجب توافره فى التجريم والعقاب خطوة مهمة لتحقيق المساواة فى قانون العقوبات وأمام هذا القانون وبواسطته. والاختلاف فى المعاملة الجنائية يجب أن يكون متناسبا بشكل معقول، فبه يقوم الأساس الموضوعى للاختلاف فى المعاملة الجنائية. فى ضوء ذلك بينا أن الضرورة الاجتماعية لابد أن تحتم التجريم والعقاب بقدر متناسب مع الضرر أو الخطر الذى أحدثه الفعل محل التجريم. والتناسب الذى يقدره المشرع لا يعنى المساواة المطلقة فى رد الفعل التجريمى أو العقابى بين الأفعال الضارة بالمجتمع أو بين مرتكبيها، لأنه لا يتطلب المساواة الحسابية فى المعاملة الجنائية تجريما وعقابا. فالاختلاف فى المعاملة يوجبه اختلاف المراكز القانونية، فى ضوء اعتبار المصلحة العامة أو قصد المشرع[3]. فالمشرع الجنائى له أن يقرر معاملة جنائية مختلفة بقدر اختلاف الأفعال الجنائية ذات الطبائع المختلفة. فالمساواة أمام القانون تفترض المساواة فى مضمون هذا القانون، وتتطلب أن تكون واقعية "réaliste" أى ليست مساواة شكلية. ومن هنا فإن مبدأ المساواة لا يتعارض مع اختلاف المعاملة الجنائية وفقا لاختلاف المراكز القانونية التى تتحدد فى ضوء الغاية من القانون أو المصلحة العامة. فإذا لم توجد هذه الغاية أو لم تتطلبه المصلحة العامة لا يتحقق التناسب. وتتحدد هذه الغاية فى ضوء القيم التى يستهدف

---

(١) دستورية عليا فى ٣ أغسطس ١٩٩٦ القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٨ قاعدة رقم ٣ ص ٦٧.

(٢) دستورية عليا في ٢ يونية ٢٠٠١ في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية «دستورية».

(٣) Férdinand Mélin - Soucramanein; le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, paris, Economica, 1997, p. 191.

Marc Verdussen, conturs et enjeux du droit constitutionnel pénal, Bruxelles, 1995, p. 133.

المشرع حمايتها، وهى مسألة يدق تحديدها ومعرفة نطاقها(١). وتطبيقا لذلك قالت المحكمة الدستورية العليا بأن اعتبار المتهمين نظراء لبعضهم البعض سواء فى نوع جريمتهم أو دوافعها أو خلفياتها، لا يعدو أن يكون إخلالا بشرط الوسائل القانونية السليمة التى لا يتصور فى غيبتها أن يكون للحق فى الحياة أو فى الحرية، من قيمة لها اعتبارها، وأن تدرج العقوبة وتجزئتها فى الحدود المقررة قانونا هو الطريق إلى معقوليتها وإنسانيتها جبرا لآثار الجريمة من منظور موضوعى يتعلق بها وبمرتكبها، وأضافت المحكمة الدستورية العليا أن توقيع عقوبة واحدة على المذنبين جميعهم لا تغاير فيها يعنى توقيع جزاء فى غير ضرورة تفقد فيه العقوبة تناسبها مع وزن الجريمة وملابساتها، بما يقيد الحرية الشخصية دون مقتض(٢).

وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم توافر التناسب فى جريمة الاتفاق الجنائى على ارتكاب جناية أو جنحة والتى كانت تنص عليها المادة ٤٨ عقوبات، على أساس أن هذه المادة كانت تعاقب على مجرد الاتفاق على ارتكاب جناية بالسجن (وحده الأقصى ١٥ سنة)، وتعاقب على مجرد الاتفاق على ارتكاب جنحة بالحبس (وحده الأقصى ٣ سنوات) رغم أن بعض الجنايات أو الجنح المستهدفة من الاتفاق لا يصل الحد الأقصى لعقوبتها إلى السجن ١٥ سنة أو الحبس ٣ سنوات حسب الأحوال، وأنه لا يحول دون ذلك ما نصت عليه المادة ٤٨ من أنه إذا كانت عقوبة الجناية أو الجنحة المستهدفة من الاتفاق أخف بما قررته هذه المادة، فلا توقع على الاتفاق عقوبة أشد من العقوبة المقررة فى الجناية أو الجنحة المستهدفة من الاتفاق. وعلة ذلك أن عقوبة الاتفاق الجنائى لا تتغير إذا كانت الجناية أو الجنحة المستهدفة غير محددة(٣).

فبالنسبة إلى هذا الاختلاف؛ فإن اختلاف وزن الضرر أو الخطر الذى يترتب على الفعل، أو اختلاف وزن الدور الذى يقوم به مرتكبه، يؤدى بالضرورة إلى اختلاف المعاملة الجنائية. إلا أنه قد تختلف المراكز القانونية فى الفعل الواحد من الناحية المادية كما هى الحال بالنسبة للفاعلين فى الجريمة أو الشركاء فيها، مما قد لا يتطلب معاملة واحدة لكل فريق منهم. إلا أن المشرع قد يخرج عن ذلك ويقرر

(٣) Marc Verduxen, op. cit., p. 136.

(١) دستورية عليا فى ٦ يونية سنة ١٩٩٨ القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية عليا فى ٢ يونية ٢٠٠١ في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية «دستورية».

للشريك عقوبة الفاعل رغم اختلاف مركزهما القانونى. مثال ذلك، المادة ٤١ عقوبات التى نصت على أن من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها إلا ما استثنى بنص خاص، والمادة ٤٣ عقوبات التى تنص على أن من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها ولو كانت غير التى تعمد ارتكابها متى كانت الجريمة التى وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التى حصلت، والمادة ٤٤ عقوبات التى تنص على تضامن الشركاء مع الفاعلين فى الالتزام بالغرامات النسبية ما لم ينص فى الحكم على خلاف ذلك. إلا أن ذلك لا يعد خروجا على مبدأ المساواة؛ لأن قانون العقوبات لا يحدد المراكز القانونية للمسهمين على أساس مادى بحت، بل يضع فى اعتباره العامل الشخصى الذى يعبر عن مدى خطورة المسهم فى الجريمة بغض النظر عن درجة إسهامه.

وكذلك الشأن بالنسبة للظروف الشخصية المخففة أو المشددة التى تجيز للقاضى الحكمة بعقوبة مختلفة على متهم يتحد وضعه القانونى من حيث الفعل المادى الذى ارتكبه. وعلة ذلك أن المساواة يجب أن تكون واقعية، فلا إخلال بمبدأ المساواة إذا أجيز تشديد العقاب على العائد عن الجريمة، لاختلاف مركزه القانونى من الناحية الواقعية عن غير العائد وإن قارف الفعل نفسه المنسوب إليه. وكذلك الأمر بالنسبة للظروف الشخصية التى تستند إلى اعتبارات مختلفة يقدرها القاضى، منها سن المتهم وبواعث ارتكاب الجريمة وإصلاحه الضرر المترتب على الجريمة، واستفزاز المجنى عليه للجانى. فكل هذه الظروف تجعل الاختلاف بين الجناة أمرا واقعيا لا يجوز إغفاله طالما كان مبنيا على معايير موضوعية ومنطقية وفقا للأهداف التى توخاها القانون. ويلاحظ من ذلك أن مراقبة تحقيق الهدف الذى توخاه القانون من وراء المعاملة التى قررها، هى خطوة لازمة للتحقق من احترام مبدأ المساواة. كل هذا مع ملاحظة عدم جواز التضامن فى الالتزام بالغرامات النسبية لأنها ذات طبيعة عقابية تتأبى مع مبدأ شخصية المسئولية.

والخلاصة، فإن التحقق من المساواة فى المعاملة الجنائية يتطلب التحقق ابتداء من مدى وجود الاختلاف فى المراكز القانونية، وقيام هذا الاختلاف على أسس موضوعية، تتفق مع الهدف من القانون أو المصلحة العامة؛ وهو ما يتطلب قيام هذا الاختلاف على مبدأ التناسب؛ حتى يكون الاختلاف فى المعاملة قائما على أساس موضوعى.

٧٢ـ الدستور كعامل لتوجيه المشرع الجنائى نحو الضرورة فى التجريم

يؤدى الدستور دورا مهما فى توجيه المشرع الجنائى نحو الضرورة فليس التجريم. فالدستور إذ يتولى حماية الحقوق والحريات يتعين على المشرع ضمان هذه الحماية وتنظيمها، ومن وسائل هذا الضمان تقرير التجريم عند المساس بها. وبالإضافة إلى الحقوق والحريات التى يكفلها الدستور فإنه يحمى قيما أخرى يتعين على المشرع ضمانها. وقد يكون التجريم كذلك من وسائل هذا الضمان. ومن هنا، فإن التجريم يعكس القيم الدستورية سواء تمثلت فى الحقوق والحريات أو غيرها. ويلجأ إليه المشرع إذا ما رأى أن حمايتها تستوجب تجريم المساس بها.

وبالنسبة إلى النوع الأول من القيم الدستورية، وهو الحقوق والحريات، فإن ضمان حمايتها من خلال التجريم يعكس الدور الإيجابى الذى تلتزم به الدولة تجاه هذه الحقوق والحريات. فهى لا تقف أمامها موقف المتفرج السلبى، وإنما على العكس من ذلك تعمل بصفة إيجابية على ضمان ممارستها بل كفالة الارتقاء بها. ويشارك المشرع الجنائى بوصفه سلطة من سلطات الدولة فى أداء هذا الدور الإيجابى، فيستوحى القيمة الدستورية للحقوق والحريات ويعبر عنها بالتجريم من خلال ما يضعه من أوامر أونواه مشفوعة بالعقاب عند مخالفتها، وفى هذه الحالة، فإن الجريمة التى ينص عليها قانون العقوبات تعد ترجمة أمينة للقيمة الدستورية التى يحميها. ومن ناحية أخرى، فإن القضاء العادى بحكم اختصاصه بالفصل فى الدعاوى الجنائية، يشارك بوصفه سلطة من سلطات الدولة فى أداء الدور الإيجابى للدولة فى حماية الحقوق والحريات.

وبالنسبة للنوع الثانى من القيم الدستورية، فإنه يبدو فى المبادئ والقواعد الدستورية التى تتعلق بنظام الحكم والمصلحة العامة، ويتولى المشرع الجنائى حمايتها من خلال تجريم الاعتداء على أمن الدولة من الداخل أو من الخارج، والاعتداء على أعمال الوظيفة العامة، وكل ما يتعلق بأعمال السلطتين التشريعية والقضائية. ويستهدف حماية الأمن والاستقرار وضمان سير المرافق العامة.

وقد يعبر الدستور صراحة عن التجريم كوسيلة للدور الإيجابى للدولة فى حماية الحقوق والحريات. وقد بدا ذلك بوضوح فى مثالين عبر عنهما الدستور المصرى،

فقد نصت المادة ٥٧ منه على أن كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون - جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم .

كما نصت المادة ٧٢ من هذا الدستور على أن يكون الامتناع أو تعطيل تنفيذ الأحكام من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون . كما أن الدستور الأسبانى قدم ثلاثة أمثلة أخرى ؛ فبعد أن نص فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤٥ على الحق فى التمتع ببيئة ملائمة والتزام السلطات العامة بالاستخدام الرشيد للموارد الطبيعية لحماية وتحسين مستوى الحياة والعناية بالبيئة ، ونص فى الفقرة الثالثة لهذه المادة على معاقبة من يخالف ذلك بجزاءات جنائية أو إدارية عند الاقتضاء . كما نصت المادة ٤٦ من الدستور الأسبانى على أن السلطات العامة تكفل المحافظة على الثروة التاريخية والثقافية والفنية للشعب الأسبانى ، وأن قانون العقوبات يعاقب على المساس بهذه الثروة . كما نصت المادة ٥٥/ ٢ من الدستور الأسبانى على أنه يمكن لقانون أساسى أن يحدد كيفية إمكان إيقاف الحقوق المنصوص عليها فى المادتين ١٧/ ٢ و١٨/ ٢و٣ وتحديد حالات ذلك بالنسبة إلى بعض الأشخاص فى إطار تحقيق يجرى حول أعمال العصابات المسلحة أو العناصر الإرهابية . ونصت المادة ٥٥ المذكورة على أن سوء استخدام الصلاحيات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أو التعسف فى ذلك يؤدى إلى انعقاد المسئولية الجنائية المترتبة على مخالفة الحقوق والحريات المعترف بها قانونا .

كما نص الدستور اليونانى فى المادة ٦ على معاقبة كل من يتسبب فى التعسف فى حبس أحد الأفراد . كما نصت المادة ٩ من هذا الدستور على معاقبة كل انتهاك لحرمة المنازل والتعسف فى استخدام السلطة بالنسبة إلى القائمين بتفتيش المساكن فى غير الحالات أو بغير الأشكال التى حددها القانون . كما نصت المادة ٥٢ من الدستور على أن التشريع يحدد الجزاءات الجنائية على من يخالف ما نصت عليه هذه المادة من أن التعبير الحر عن إرادة الشعب بوصفها تعبيرا عن سيادة الشعب تكفله جميع أجهزة الجمهورية التى تلتزم بضمانه فى جميع الظروف . ونصت المادة ٢٤/ ١ من هذا الدستور بالنسبة إلى حماية البيئة على أن الدولة تلتزم باتخاذ الإجراءات المانعة أو الجنائية لضمان هذه الحماية .

ونص الدستور الأيرلندى فى المادة ٤٠/ ٦ على أن نشر الأعمال أو الأقوال غير الأخلاقية أو التى تنطوى على إغراء جنسى تعد جريمة يعاقب عليها القانون.

ونص الدستور الإيطالى فى المادة ١٣/ ٤ على أن يعاقب على كل إكراه بدنى أو أدبى ضد الأشخاص المقيدة حريتهم[١].

٧٣ـ تطبيقات للرقابة الدستورية على المشرع فى سلطته فى التجريم

نظرت المحكمة الدستورية الاتحادية فى ألمانيا طعنا بعدم دستورية المادة ٢١٨ من قانون العقوبات المضافة بقانون صادر فى ١٨ يونية سنة ١٨٧٤، والتى كانت تسمح للطبيب بأن يجهض الحامل فى خلال ١٢ أسبوعا من خلق الجنين فى بطنها[٢]، استثناءً من مبدأ تجريم الإجهاض الذى أكده قانون ١٨ يونية سنة ١٨٧٤ سالف الذكر. وكان مدار الطعن أن هذا الاستثناء من التجريم يعد انتهاكا لحق كل كائن فى الحياة. وقد ذهبت المحكمة الدستورية الألمانية وفق ما استقر عليه قضاؤها على أنه من الأفضل فى حالة الشك حول نطاق حق «أساسى» ـ أى حق يحميه الدستور ـ اختيار التفسير الذى يعطيه أكبر قدر من الفاعلية، وأنه تطبيقا لهذا المبدأ، فإن الضمانات المرتبطة بالحق فى الحياة يجب أن تمتد إلى الحياة خلال نموها، أى حياة الكائن الحى الذى لم يولد بعد. وقارنت المحكمة الدستورية بين حق الكائن الحى، وحق المرأة فى قبول الأمومة من عدمه والذى ينبع من حقها فى تنمية شخصيتها وفق ما نص عليه الدستور الألمانى، ثم أكدت أن حق المرأة المذكور ليس مطلقا وأنه لا يجوز لها ممارسته حين تمس حقوق الغير، واستخلصت المحكمة إعطاء الأولوية

---

(١) عنيت بعض الدساتير بتحديد نظام خاص للتجريم يتعلق برئيس الدولة من خلال تحديد مجموعة من الأفعال التى من شأنها أن تعقد مسئوليته الجنائية. مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٦١ من الدستور الألمانى من أن البوندزتاج Bundestag أو البوندزرات Bundesrat يمكنه اتهام رئيس الاتحاد الألمانى أمام المحكمة الألمانية الاتحادية إذا صدرت عنه مخالفة متعمدة للدستور أو لأى قانون اتحادى. وكذلك المادة ٦٨ من الدستور الفرنسى حصرت المسئولية الجنائية لرئيس الجمهورية فى الأعمال التى يباشرها فى أثناء تأدية وظيفته فى حالة الخيانة العظمى. وكذلك نصت المادة ٤٩/ ١ من الدستور اليونانى على أن رئيس الجمهورية مسئول جنائيا فى حالة الخيانة العظمى أو الانتهاك المتعمد للدستور. كما نص الدستور الإيطالى فى المادة ٩٠ على أن رئيس الجمهورية لا يكون مسئولا عن الأعمال التى يباشرها فى أثناء تأدية وظائفه إلا فى حالة الخيانة العظمى أو الاعتداء على الدستور.

(٢) وقد قيل بأن ذلك يجرى فى اليوم الرابع عشر من الاتصال الجنسى.

لحق الجنين فى الحياة والذى يتضمن منع الأم من إجهاض نفسها. ولم تقتصر المحكمة الدستورية الألمانية على ذلك، بل أضافت أنه إذا كان للمشرع أن يفرض تدابير مانعة لحماية الحق فى الحياة، إلا أن التدابير العقابية ما زالت هى السلاح الأقوى فى يد الدولة لتقرير حماية هذا الحق، مما يجب معه أن يظل الإجهاض فى نطاق التجريم[1]. ثم أكدت المحكمة الدستورية الألمانية هذا المبدأ فى حكم لها سنة ١٩٩٣، إلا أنها تركت قسطًا كبيرا من الحرية للمشرع فى فرض تدابير مانعة للحيلولة دون الإجهاض فى هذه الفترة، مثل تقديم المساعدة الاجتماعية للأم[2].

وفى البرتغال، كان قانون العقوبات حتى سنة ١٩٨٤ يعاقب على الإجهاض بغير استثناء، إلى أن صدر قانون سنة ١٩٨٤ الذى يسمح بالإجهاض فى بعض الأحوال. وقد نظرت المحكمة الدستورية طعنا على هذا القانون فى مناسبتين أصدرت بشأنهما حكما فى ١٩ مارس سنة ١٩٨٤ وآخر فى٢٩ مايو سنة ١٩٨٥[3]. وفى الحكمين لم تقرر المحكمة الدستورية البرتغالية عدم دستورية النصوص الجنائية محل الطعن، فذهبت فى حكمها الأول إلى أن الحق فى حياة الإنسان بعد ولادته، ومن ثم فيمكن التضحية به إذا ما تعارض مع حق «أساسى» آخر يحميه الدستور. وذهبت فى حكمها الثانى إلى أن حماية الحق فى حياة الجنين يجب أن تكفله الدولة، ولكن هذه الحماية لا تتم كفالتها بالضرر من خلال التجريم الجنائى.

وفى إيطاليا، وازنت المحكمة الدستورية الإيطالية فى حكم لها سنة ١٩٧٥ بين حق الجنين فى الحياة، وحق الأم فى الصحة وفى الحياة، وقضت بعدم دستورية نص فى قانون العقوبات يحظر الإجهاض فى حالة تعرض الأم الحامل لخطر جسيم. وفى ضوء هذا الحكم صدر القانون رقم ١٩٤ لسنة ١٩٧٨ يسمح بالإجهاض

---

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية الألمانية الصادر فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٧٥ مشارا إليه فى:
Marc Verdussen, op. cit., pp. 323, 324.

وانظر إليه أيضا معلقا عليه فى تقرير: Rainer Arnold; constitution et avortement (xe cours International de justice constitutionnelle, constitution et Bioéthique, Aix en Provence, 7-12 septembre 1998) Annuaire International de justice constitutionnelle, 1998, pp. 436-439.

(٢) انظر حكم المحكمة الدستورية الألمانية الصادر فى ٢٨ مايو سنة ١٩٩٣ مشارا إليه فى تقرير:
Rainer Arnold (l'ovule fécondé) Annuaire, op cit., pp. 443-446.

(٣) انظر هذين الحكمين مشارا إليهما فى مؤلف: Marc Verdussen, op. cit., pp. 325,326.

لأسباب طبية (thérapeutiques eugéniques) وإجرامية واجتماعية(١) . أصدرت المحكمة الدستورية الإيطالية حكما فى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٨٩ حددت فيه العلاقة بين القيم الدستورية وقانون العقوبات، فأكدت أن من واجب المشرع الالتجاء إلى التجريم الجنائى لحماية القيم الضرورية لتحقيق الشروط الأولوية للحياة داخل المجتمع، تاركا للمشرع اختيار ما يراه من وسائل الحماية للقيم الاجتماعية الأقل ضرورة(٢) .

وفى فرنسا أكد المجلس الدستورى الفرنسى المبادئ الآتية :

(أ) مبدأ احترام كل كيان إنسانى منذ بدء حياته، وأنه لا يجوز المساس بهذا الحق إلا فى حالة الضرورة ووفقا للشروط والقيود التى يحددها القانون(٣) .

(ب) مبدأ إلغاء نصوص التجريم والعقاب التى ترد على الإجهاض التى تمارسه المرأة الحامل برضائها على نفسها فى حالة الضرورة، ووفقا للشروط التى ينص عليها القانون، لا يخالف أدنى حق للطفل فى الصحة، ولا أى مبدأ دستورى آخر(٤) .

(جـ) مبدأ حماية حق الكيان الإنسانى فى الحياة منذ بدء حياته لا ينصرف إلى أجنة المختبرات«embryons in Vitro» ، وأن حماية هذه الأجنة متروك للسلطة التقديرية للمشرع وليست له قيمة دستورية، وذلك باعتبار أنه لا يوجد التزام بالمحافظة على هذا النوع من الأجنة التى وجدت بطريقة صناعية، مهما كانت الظروف التى تمر بها، ومهما كانت مدة هذا الحفظ . فلا ينطبق على هؤلاء مبدأ المساواة بالإنسان الذى يتعين المحافظة على حقه فى الحياة(٥) .

ومن مجموع هذه المبادئ يتضح أن إلغاء تجريم الإجهاض الاختيارى فى فرنسا يرجع إلى انتفاء الضرورة كموجب للتجريم فى هذا النوع من الأفعال، دون أن يعنى

---

(١) مشار إليه فى تقرير : Rainer Arnold, op cit., p. 446.

(٢) انظر هذا الحكم مشارا إليه فى مؤلف : Marc Verdussen, op. cit., p. 328.

(٣) Déc. no 64-54 du 15 Janvier 1975, Rec. jur

(٤) انظر القرار المشار إليه فى الهامش السابق .

(٥) Déc. no. 94-343-344 du 27 juillet 1994, Rec. jur. const p. 592.

المساس بالحق فى الحياة، وأن عدم تمتع الجنين - بسبب التلقيح الصناعى - بالحق فى الحياة يرجع إلى حق الأم فى عدم الالتزام بالاحتفاظ بالجنين (الصناعى) لمدة غير محدودة ومهما كانت الظروف(١). ومن ناحية أخرى، فإن الإجهاض فى فرنسا يجب أن يظل فى إطار الاستثناء (وهو ما صرحت به وزيرة الصحة الفرنسية عند وضع القانون الفرنسى الصادر سنة ١٩٧٤) وفكرة الضرورة هى التى تحكم إجازة الإجهاض الاختيارى، وذلك إذا ما تعرضت صحة الحامل للخطر أو وجد احتمال قوى بأن الطفل سوف يولد مصابا بمرض جسيم لا شفاء منه(٢).

وفى أسبانيا، قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الحق فى الحياة لا يمكن أن يكون إلا حقا بغير حدود، إلا أن حق الجنين فى الحياة لا يتفوق على حق الأم الحامل فى الحياة والكرامة، فيجوز الإجهاض إنقاذا لحياة الأم أو حفاظا على كرامتها. وفى ضوء هذا المبدأ جاء القانون الأسبانى فسمح بالإجهاض فى ثلاث حالات:

(الأولى)، الحفاظ على حياة الأم، وذلك إذا كان منع الإجهاض يعرض حياة الأم الحامل أو صحتها للخطر.

(الثانية)، إذا كان الحمل ثمرة اغتصاب الأم. ففى هذه الحالة يكون الإجهاض حماية لكرامتها الإنسانية وحماية لذاتيتها العضوية والأخلاقية وحماية لشرفها وصورتها ولخصوصيتها الشخصية.

(الثالثة)، إذا كان الإجهاض للحيلولة دون ولادة طفل يعانى من آلام جسيمة عضوية ونفسية، وذلك - كما قالت المحكمة الدستورية الأسبانية لأن إنجاب مثل هذا الطفل سوف يكبد الأسرة أعباء جسيمة ولا تستطيع - إلا فى حالات قليلة - الحصول على المعونة الاجتماعية(٣).

وفى مصر، جرم قانون العقوبات الإجهاض ولو كان برضاء الحامل (المادتان

---

(١) Déc, 27 Juillet 1994, Recueil, 94 - 343 - 344 Dc, p. 592, Luchaire, op. cit., p .28.

(٢) Pierre Cambot, La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, 1998, op. cit., p.117.

(٣) المحكمة الدستورية الأسبانية فى ١١ إبريل سنة ١٩٨٥ وفى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٩٦. انظر:
Pierre Cambot, op. cit., pp. 114-120.

٢٦١ و٢٦٢ عقوبات) حماية ورعاية للجنين فى أثناء خروجه للحياة وألقى واجبا على الأم فى هذه الرعاية، واتفاقا مع ما نص عليه الدستور من أن الدولة تكفل حماية الأمومة والطفولة (المادة ١٠) هذا فضلا عن حماية الحق فى الحياة. إلا أنه إذا ما توافرت حالة الضرورة فى الحدود الذى نص عليها القانون، لتحقيق هذا الإجهاض بما تتطلبه من لزوم وتناسب انتفت مقتضيات التجريم والعقاب.

وقضت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فى ٢٦ مارس سنة ١٩٨٥ أن المشرع يختار الطريق الجنائى (التجريم) عند المساس بالحياة الخاصة فى ضوء ثلاثة عناصر، هى: مظهر الحياة الخاصة محل الاعتداء، ودرجة فاعلية الضمانات الأخرى التى وفرها المشرع للحق فى الحياة الخاصة، وأخيرا المقارنة بالجزاءات الجنائية التى قررها المشرع فى حالات أخرى. وقد استخلص من هذا الحكم أن التزام المشرع بالالتجاء إلى التجريم لحماية الحق الذى يحميه الدستور ليس التزاما مطلقا[(١)].

٧٤ـ مبادئ حاكمة

من مجموع ما تقدم نستخلص الحقائق الآتية:

أولا: أن الدولة بجميع سلطاتها تلتزم بضمان احترام الحقوق والحريات التى يحميها الدستور. ولا يقف هذا الضمان عند مجرد اتخاذ موقف سلبى تجاهها بل يتعين على الدولة اتخاذ موقف إيجابى لتوفير هذا الضمان. وقد يتمثل ذلك فى تجريم المساس بالحقوق والحريات.

ثانيا: أن التجاء المشرع لتجريم المساس بالحقوق والحريات وغيرها من القيم الدستورية الأخرى لضمان حمايتها يعتمد على مجموعة القيم التى شملها الدستور بالحماية. ومن هنا يعد الدستور عاملا مهما فى توجيه المشرع الجنائى نحو تحديد «المصالح المحمية» التى يقرر تجريم الاعتداء عليها حين يرى ضرورة هذا التجريم كأسلوب لحمايتها.

ثالثا: أن الدستور قد لا يقتصر على توجيه المشرع الجنائى نحو «المصالح المحمية»

---

(١) انظر مؤلف: Marc Verdussen, op. cit., p. 329.

بالتجريم، بل يمتد توجيهه إلى ضرورة الالتجاء إلى التجريم كأسلوب للحماية، وذلك حين ينص صراحة فى بعض نصوصه - كما بينا من قبل - على تجريم الاعتداء على نوع من الحقوق والحريات أو غيرها من القيم الدستورية .

رابعا : أن تأثير الدستور فى توجيه المشرع الجنائى نحو التجريم أو تحديد «المصالح المحمية» بالتجريم، يقتصر على التجريم من حيث المبدأ، إلا أن المشرع لا ينفرد بممارسة سلطته التقديرية فى تحديد نطاق التجريم ومدى جسامته إلا فى ضوء ما تمليه الضرورة الاجتماعية لتقرير الحماية الفعالة للمصالح المحمية بالتجريم .

خامسا : أن القاضى الجنائى يستعين فى تفسيره لنصوص التجريم التى استوحاها المشرع من الدستور بالروح التى أملت على المشرع الدستورى حماية نوع من القيم الدستورية التى اتخذها المشرع العادى محلا للتجريم .

الباب الرابع
ضمانات الحقوق والحريات فى مواجهة التجريم والعقاب

٧٥ـ فكرة عامة

أوضحنا فيما تقدم ان المساس بالحقوق والحريات من خلال التجريم تحكمه اعتبارات الضرورة والتناسب التى يقوم فى ضوئها التوازن بين هذا المساس وبين سائر القيم التى يحميها الدستور (سواء تجلت فى المصلحة العامة أو فى حماية غيرها من الحقوق والحريات).

وأكدنا وفقا لمبدأ الشرعية الجنائية أن التشريع ينفرد بحسب الأصل فى إقامة هذا التوازن، فما الكيفية التى يسلكها المشرع فى إطار الضرورة والتناسب؟ نعم، يملك المشرع سلطة تقديرية فى تحديد مسلكه، إلا أنه لا يملك أن يصل بممارسته لهذه السلطة إلى الحد الذى تفقد فيه الحقوق والحريات مضمونها وجوهرها. وفيما يأتى نعرض للضمانات التى يتقيد بها المشرع لإحداث التوازن المطلوب مع مراعاة الضرورة والتناسب، بما لا يفقد الحقوق والحريات محتواها.

وتتمثل هذه الضمانات فيما يأتى:

(١) أن يكون الفعل ـ أو الامتناع ـ هو مناط التجريم.

(٢) شخصية المسئولية.

(٣) عدم جواز المساس بجوهر الحقوق والحريات.

(٤) شخصية العقوبة وتناسبها.

وفيما يأتى نعرض لكل من هذه الضمانات على حدة، مع مراعاة أن التمتع بها يجب أن يتم فى إطار مبدأ دستورى هو المساواة أمام القانون.

الفصل الأول

الفعل - أو الامتناع - هو مناط التجريم

٧٦ - الأهمية الدستورية للفعل محل التجريم

يرتكز الأساس الفلسفى لهذا الضمان على ثلاثة عناصر هى: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذى يتطلب أن يكون المخاطبون بقانون العقوبات على علم بالأفعال التى يجب عليهم تجنب ارتكابها حتى لا يقعوا فى حمأة مخالفة هذا القانون. بالإضافة إلى أن مبدأ المسئولية الشخصية القائمة على حرية الإرادة يفترض وقوع فعل معين معبر عن هذه الإرادة. هذا بجانب أن اليقين القضائى لا يمكن أن يتوافر إلا بالنسبة إلى ثبوت الأفعال، وهو ما يترتب على ضمان «الأصل فى المتهم البراءة». وكل هذه العناصر تفصح عن أن ما يركن إليه قانون العقوبات ابتداء - فى زواجره ونواهيه - هو مادية الفعل المؤاخذ على ارتكابه، إيجابيا كان هذا الفعل أو سلبيا، ذلك أن العلائق التى ينظمها هذا القانون فى مجال تطبيقها على المخاطبين بأحكامه، محورها الأفعال ذاتها، فى علاماتها الخارجية، ومظاهرها الواقعية، وخصائصها المادية، إذ هى مناط التأثيم وعلته، وهى التى يتصور إثباتها ونفيها، وهى التى يتم التمييز على ضوئها بين الجرائم بعضها البعض.

ولهذا أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر أن نصوص الدستور تعتد بالأفعال وحدها بوصفها مناط التأثيم وعلته؛ وذلك على أساس أنها دون غيرها هى التى يجوز إثباتها أو نفيها، وهى التى يتصور أن تكون محل تقدير محكمة الموضوع، وأن تكون عقيدتها بالبناء عليها، وأنه بعدم قيام الجريمة على فعل معين يتم التجهيل بماهية الأفعال التى يتعين على المخاطبين بقانون العقوبات توقيها وتجنبها، وأنه لا يجوز - فى أية حال - أن تكون مصائر الناس معلقة على غير

أفعالهم، بالإضافة إلى أن الأفعال هى التى يعبر بها الجانى عن إرادته الواعية الجازمة، متوسلا بها إلى بلوغ النتيجة الإجرامية التى يبتغيها[1].

٧٧ـ تطبيقات

* وتطبيقا لهذا الضمان، قضت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بعدم دستورية نص المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهم وبسقوط أحكام المواد المرتبطة بها، تأسيسا على أن الاشتهار الذى يقوم عليه الاشتباه محل التجريم لا يعاصره فعل أو أفعال معينة، وينصرف إلى حالة خطرة تستمد عناصرها من السوابق أو الأقوال أو غيرها، وجميعها لا ترقى إلى مرتبة الفعل ولا يقوم هو بها، ومن ثم يقصر الاشتهار عن أن يكون من الأفعال التى يجوز تجريمها وفقا لضوابط الدستور وضماناته التى يؤدى الإخلال بها إلى اقتحام الحرية الشخصية فى مجالاتها الحيوية، وإلى الانتقاص من الحقوق التى كفلها الدستور فى مواجهة التسلط أو التحامل. وأضافت المحكمة الدستورية العليا إلى ذلك أنه مما يناقض إدانة الشخص على أساس الاشتهار بالمعنى السابق، افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه إلى أن تخلص المحكمة إلى إدانته بصفة باتة بعد اقتناعها بالأدلة الكافية على ثبوتها بما لا يدع مجالا لشبهة انتفائها[2].

---

(١) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣، القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الثانى) القاعدة رقم ١٠ ص ١٠٣، دستورية عليا فى أول أكتوبر سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٩٤ (العدد ٤٢)؛ ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٨ يونية سنة ١٩٩٥ (العدد ٣٢)؛ ٣ يولية سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٠ يولية سنة ١٩٩٥ (العدد ٢٩)؛ ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٩٥ (العدد ٥١)؛ ١٥ يونية سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٧ يونية سنة ١٩٩٦ (العدد ٢٥)؛ ١ فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧ (العدد ٧)، ٢ يونية القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية «دستورية».
وانظر فى الموضوع بحثا للدكتور أشرف توفيق شمس الدين عن ماهية الفعل محل التجريم فى قضاء المحكمة الدستورية العليا. (المؤتمر العلمى الأول لكلية الحقوق جامعة حلوان ـ دور المحكمة الدستورية العليا فى النظام القانونى المصرى سنة ١٩٩٨ ص ٦٤٩ وما بعدها).

(٢) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ السالف الإشارة إليه.

وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ مكررا من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات، وتنظيم استعمالها على أساس أن النص المطعون فيه قد حدد تدابير لا يجوز توقيعها ضد شخص معين إلا فى إحدى حالتين هما، سبق الحكم عليه أو اتهامه اتهاما جديا أكثر من مرة فى جناية نص عليها القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها، على أساس أن هذه التدابير تنال جميعها من الحرية الشخصية لاتسامها بخصائص العقوبة وانطوائها على عبثها، وانصرافها نحو تحقيق الإيلام المقصود، دون أن تقابلها أفعال أثمها المشرع حددها تحديدا دقيقا[1]. وأضافت المحكمة الدستورية العليا إلى هذا المبدأ أن المشرع ربط التدابير التى حددها بخطورة إجرامية افترضها ووصم بها الشخص، وأن هذه الخطورة - وإن لم تفض بعد إلى جريمة بالفعل، إلا أن المشرع أقام بها صلة مبتسرة بين ماضيه وحاضره، دامجا بينهما، مستوجبا محاسبته عن تلك الحالة التى أنشأها، وقرنها بتتابع الاتهام، لتنحل إرهاصا بعودة الأشخاص الذين تعلق بهم مجال تطبيق النص المطعون فيه إلى الإجرام، بافتراض أنهم لا يعرفون لأقدامهم موقعها، ولا يقدرون للأمور عواقبها، وأن نزوعهم إلى الإجرام راجح، حال أن مصائر الناس لا يجوز أن تعلق على غير أفعالهم التى يسألون عن حسنها أو قبحها، وكان اتهامهم ولو كان جديا ومتتابعا لا يعدو أن يكون شبهة قد لا يكون لها أساس ولا يجوز بالتالى أن يردهم النص المطعون فيه جميعا إلى دائرة الخطورة الاجتماعية، ويلصقها دوما بهم، أيا كان مصير الاتهام الموجه إليهم، بل لو قضى ببراءتهم، ليكون لغواً وافتئاتا على الحرية الشخصية فى جوهر خصائصها، وهى بعد حرية لا يجوز تقييدها على خلاف أحكام الدستور التى لا تعتد إلا بالأفعال وحدها بوصفها مناط التأثيم.

وأكدت المحكمة الدستورية العليا أنه لا يتصور وفقا لأحكام الدستور أن توجد جريمة فى غيبة ركنها المادى، ولا إقامة الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم والنتائج التى أحدثها بعيدا عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه. ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة البشرية - وليس النوايا التى يضمرها الإنسان فى

---

(١) دستورية عليا فى ١٥ يونية سنة ١٩٩٦ القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٥ فى ٢٧ يونية سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٣٩.

أعماق ذاته - تعد واقعة فى منطقة التجريم، كلما كانت تعكس سلوكا خارجيا مؤاخذا عليه قانونا، فإذا كان الأمر غير متعلق بأفعال أحدثتها إرادة مرتكبها، وتم التعبير عنها خارجيا فى صورة مادية لا تخطئها العين، فليس ثمة جريمة(١).

* وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ١٨ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها وذلك فيما تضمنته من معاقبة من يخالف أحكام المادة الثانية من هذا القانون بعقوبة المخالفة إذا كان حسن النيه، تأسيسا على أن ركن الخطأ فى الجرائم غير العمدية، ليس إلا فعلا أو امتناعا يمثل انحرافا عما يعد وفقا للقانون الجنائى سلوكا معقولا للشخص المعتاد، وكان تحديد مضمون الأفعال أو مظاهر الامتناع التى تقوم عليها هذه الجرائم، من خلال بيان عناصر الخطأ، بما ينفى التجهيل بها، ضرورة يقتضيها اتصال هذا التجريم بالحرية الشخصية(٢).

* وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن تأثيم المشرع لأفعال بذاتها حال وقوعها فى مكان معين، مؤداه أن تعيين حدود هذا المكان بما ينفى التجهيل بأبعاده، شرط أولى لصون الحرية الفردية التى أعلى الدستور قدرها(٣).

* وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ فيما نصت عليه من عدم جواز دمغ المشغولات الذهبية إذا لم يقدم حائزها الدليل على دخولها البلاد بطريق مشروع، لأن جريمة التهريب الجمركى من الجرائم العمدية التى لا يجوز أن تتوافر أركانها إلا بإرادة مرتكبها، ولا تعد الشبهة التى تحيطها عملا ماديا أتاه جان(٤).

---

(١) دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٥١ فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٩٥، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢.

(٢) دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٢٨ سنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم رقم ١٥ ص ٢٦٢.

(٣) دستورية عليا فى أول أكتوبر سنة ١٩٩٤، القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٢٨ ص ٣٥٨.

(٤) دستورية عليا فى ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ العدد ٢٩.

* وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار بقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩ . وكان من بين ما أسست عليه قضاءها أن النص المطعون فيه ـ وإن كان عقابيا إلا أنه خلا من بيان الأفعال التى أثمها، والتى يعد إتيان المدعى لها واقعا فى دائرة التجريم، وأن تحديد الأفعال التى كان ينبغى أن تقوم عليها الجرائم محل الاتهام الجنائى، ضرورة يقتضيها اتصال هذه الجرائم بمباشرة الصحافة المهام التى ناطها الدستور بها[١].

* وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات بشأن الاتفاق الجنائى على أساس أن اتحاد الارادات الذى يقع به الاتفاق لا يتعلق بأفعال أحدثتها إرادة مرتكبها، رغم التعبير عنها خارجيا فى صورة مادية لا تخطئها العين[٢].

* وفى هذا المعنى قضى المجلس الدستورى فى فرنسا فى ١٨ يناير سنة ١٩٨٥ اعتمادا على إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ والمادة ٣٤ من الدستور الفرنسى، بعدم دستورية المادة ٢٠٧/ ١ من النص المعروض عليه، على أساس أنه لم يحدد عناصر الجريمة التى يهدف إلى المعاقبة عليها[٣]. وكان القضاء الفرنسى قد لاحظ منذ بداية هذا القرن أن المشرع حين وضع بجانب جريمة خيانة الأمانة جريمة اختلاس خاصة تحت اسم "malversation" لم يحدد عناصر هذه الجريمة وتركها لتقدير القضاة[٤]، مما أدى بمحكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار الجريمة قائمة فى حق السنديك إذا اتجهت إرادته إلى مخالفة التزاماته تجاه المدين[٥].

---

(١) دستورية عليا فى ٣ يولية سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٧ قاعدة رقم ٢ ص ٤٥.

(٢) دستورية عليا فى ٢ يونية سنة ٢٠٠١ فى القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية «دستورية».

(٣) Décision No. 84-183 Dc du 18 janvier 1985 Crim. 4 juillet 1901, Bull No 190.

(٤) Crim. 4 juillet 1901, Bull No. 190.

Crim. 4 juillet 1901, Bull No. 190.

(٥) Genevois, Chroniques, Annuaire, 1985, p. 413-415.

٧٨ـ جواز تحديد الفعل المادى من خلال ضابط عام لا يجهل مضمونه أو يثير اللبس حول حقيقته

أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بأن اعتداد القانون بضابط عام يكون كاشفا عن ماهية الأفعال التى حظرها ومحددا لمضمونها، لا ابتداع فيه، وليس أمرا فريدا أو دخيلا طالما أن تحديد الأفعال يتم وفق أسس موضوعية. وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا(١) بأن البيّن من الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من قانون الجمارك الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ التى اعتبرت فى حكم التهريب تقديم مستندات أو فواتير مزورة أو مصطنعة أو وضع علامات كاذبة أو إخفاء البضائع أو العلامات أو ارتكاب أى فعل آخر يكون الغرض منه التخلص من الضرائب الجمركية كلها أو بعضها أو بالمخالفة للنظم المعمول بها فى شأن البضاعة الممنوحة؛ هى أن هذه الفقرة تواجه السلع التى لم تزل بعد وراء الحدود الخارجية للدائرة الجمركية، ولكن أفعالا اتصلت بها ترجح احتمال تهريبها. وتندرج هذه الأفعال تحت فئتين:

أولاهما، أفعال توخى المشرع بتجريمها حماية المصلحة الضريبية. وثانيتهما، أفعال توخى المشرع بتجريمها حماية المصلحة الاقتصادية للدولة فى غير مجالاتها الضريبية، وبوجه خاص فى مجال حماية الصناعة الوطنية وتأمين انتعاشها، وحدد المشرع هذه الأفعال كذلك بالنظر إلى مراميها، ذلك أن مرتكبها يؤاخذ عنها قانونا كلما سعى بمقارفتها إلى مخالفة النظم المعمول بها فى شأن السلع الممنوع استيرادها. وقالت المحكمة: إن قالة التجهيل بالأفعال المعاقب عليها وفقا لهذه الفقرة المطعون عليها لا محل لها، ذلك أن الأفعال التى انتظمتها هذه الفقرة محددة بطريقة واضحة لا التواء فيها وهى قاطعة فى اتجاهها مباشرة إلى الأغراض التى توختها لتأمين المصلحة المقصودة بالحماية. وقد ارتبط تأثيم الفئة الثانية من الأفعال التى نهت تلك الفقرة عن ارتكابها بالنظم المعمول بها فى شأن البضائع الممنوع استيرادها أو تصديرها، وهى نظم قائمة لم يمتد الطعن الماثل إليها أو يتناولها

---

(١) دستورية عليا فى ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٣ مارس سنة ١٩٩٤، العدد (٩ تابع).

بالتجريم - أما الفئة الأولى من الأفعال التى أثمها المشرع - وهى تلك التى ترمى إلى العدوان على محض المصلحة الضريبية - فقد دل الواقع العملى على صعوبة حصرها وإيرادها واحدا واحدا، ذلك أن الطرق والوسائل التى يستدعيها المكلفون بأداء الضريبة الجمركية بقصد التخلص منها، يتعذر رصدها أو إحصاؤها أو توقعها، وهى تتنوع فى صورها تبعا لتطور العلوم التى تحمل معها ألوانا جديدة من المعرفة كان التنبؤ بها أو الإرهاص باحتمالاتها بعيدا. ولم يكن أمام المشرع من خيار فى مجال تحديد الأفعال المنهى عنها، إلا أن يبينها من خلال ضابط عام لا يجهل بمضمونها أو يثير اللبس حول حقيقتها، بل يحدد محتواها بالرجوع إلى مرماها أو الغرض المقصود منها، جاعلا ذلك مناط تجريم ارتكابها بقصد التخلص من الضريبة الجمركية المقررة على البضاعة التى يراد تهريبها.

وقد عرف قانون العقوبات أمثلة أخرى للضابط العام الذى يكشف عن ماهية الأفعال المحظورة ويحدد مضمونها، مثال ذلك المادة ١١٣ عقوبات بشأن جريمة استيلاء الموظف العام على الأموال العامة وانتزاع حيازتها بقصد تملكها بغير حق وبأية وسيلة يراها مؤدية إلى الحصول عليها. وكذلك المادة ٢٣٠ عقوبات بشأن جريمة القتل العمد، إذ تقع بجميع صور الاعتداء على حق الإنسان فى الحياة[1].

(١) انظر أيضا فى إيراد هذين المثالين دستورية عليا فى ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، المشار إليها فى الهامش السابق.

الفصل الثـــانى

شخصية المسئولية الجنائية

٧٩- تمهيد

تفترض شخصية المسئولية الجنائية قيام عنصرين لازمين، أولهما مادى ويعبر عن الإسناد المادى للفعل، وثانيهما شخصى، ويعبر عن الإسناد المعنوى للفعل. وطبقا للإسناد المادى للفعل لا تنعقد المسئولية إلا عن الفعل الشخصى الذى يثبت إسناده إلى الجانى. ووفقا للإسناد المعنوى للفعل لا تنعقد المسئولية إلا إذا اتجهت إرادة الجانى المسند إليه الفعل ماديا نحو ارتكابه. ويجب التمييز بين الجريمة والمسئولية الجنائية، فالجريمة هى الواقعة المنشئة للمسئولية وتتوافر قانونا بركنين، أحدهما مادى يتمثل فى الفعل الإجرامى (النشاط والنتيجة) وثانيهما معنوى يتمثل فى الإثم الجنائى (القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى). أما المسئولية الجنائية فإنها لا تتحقق إلا بالنسبة إلى الشخص المسئول عن هذه الجريمة، وهو ما يتوقف بدوره على إسناد كل من الركنين المادى والمعنوى إليه.

وفيما يأتى نستجلى الجوانب الدستورية فى المسئولية الجنائية ببحث الموضوعين الآتيين:

١ - القيمة الدستورية لمسئولية الجانى عن فعله الشخصى.

٢ - القيمة الدستورية لمسئولية الجانى عن إرادته الشخصية؛ وهو ما يتطلب ابتداء أن يكون مدركا مميزا لفعله.

وفيما يأتى نتحدث عن كل من هذين العنصرين فى مبحث مستقل.

المبحث الأول

القيمة الدستورية لمسئولية الجانى عن فعله الشخصى

٨٠ـ أهمية الإسناد المادى للفعل

لا يمكن اعتبار الشخص مسئولا جنائيا إلا عن فعله ـ أو امتناعه ـ الشخصى. فالشرط الأول للمسئولية يتمثل فى وجود علاقة مادية بين الجريمة والسلوك الشخصى للمسئول عنها. ويفترض هذا الإسناد المادى توافر عنصرين:

(١) مساهمة الشخص بفعله الشخصى فى الجريمة.

(٢) توافر علاقة السببية بين فعل المساهمة والنتيجة الإجرامية التى يعتد بها المشرع فى التجريم والعقاب.

وتتجلى القيمة الدستورية للإسناد المادى فيما أكدته المحكمة الدستورية العليا ضرورة توافر الإسناد المادى للفعل كضمان لشخصية المسئولية؛ فقالت بأن الأصل فى الجريمة، أن عقوبتها لا يتحمل بها إلا من أدين كمسئول عنها، وهى بعد عقوبة يجب أن تتوازن «وطأتها» مع طبيعة الجريمة موضوعها؛ بما مؤداه أن الشخص لا يزر غير سوء عمله، وأن جريرة الجريمة لا يؤخذ بها إلا جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها، وأن «شخصية العقوبة» و «تناسبها مع الجريمة محلها» مرتبطتان بمن يعد قانونا «مسئولا عن ارتكابها»، ومن ثم تفترض شخصية العقوبة ـ التى كفلها الدستور بنص المادة ٦٦ ـ شخصية المسئولية الجنائية، وبما يؤكد تلازمهما، ذلك أن الشخص لا يكون مسئولا عن الجريمة، ولا تفرض عليه عقوبتها، إلا باعتباره فاعلا لها أو شريكا فيها[1].

واستخلصت المحكمة الدستورية من هذا المبدأ عدم دستورية نص الفقرة الثانية

---

(١) دستورية عليا فى ٣ يولية سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٢ ص ٤٥، ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢.

من المادة ١٥٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار بقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩، وأسست ذلك على أن المسئولية الجنائية التى قررها النص المطعون فيه فى شأن رئيس الحزب، هى فى حقيقتها نوع من المسئولية بطريق القياس، فقد ألحق المشرع مسئولية رئيس الحزب بمسئولية رئيس التحرير، وربطها بها، وجعلها من جنسها، وأقامها من نسيجها، وأضاف إليها لتتبعها ثبوتا ونفيا، وليحيلها إلى مسئولية مفترضة فى كل مكوناتها وعناصرها، فلا تقوم الجريمة بها بناء على أفعال محددة فصلها المشرع ناهيا رئيس الحزب عن إتيانها بما لا غموض فيه، ولا إرادة واعية تعطيها دلالتها الإجرامية وتوجهها وجهة بذاتها لبلوغ أغراض معينها. **هذا بالإضافة إلى أن المسئولية الجنائية لرئيس الحزب لا يتصور تقريرها إلا بناء على افتراض مؤداه أن الصحيفة الحزبية زمامها بيده، يستقل بأمورها ويهيمن عليها، وأن إهمالا وقع منه فى مجال تقييم ما ينشر بها، وهو افتراض لا يستقيم وطبائع الأشياء، وتأباه العدالة الجنائية ويناهض مقوماتها وقواعد إدارتها.** وثانيهما، أن هذا الافتراض لو صدق فى شأن رئيس الحزب، لكان مؤداه أن تقوم مسئوليته الجنائية استقلالا عن غيره، ولخصائص ذاتية تكمن فيها محددة ملامحها، ولصار لازما أن يراقب مادة النشر فى كل جزئياتها، متخليا بذلك عن واجباته الحزبية بتمامها، وقوامها أن يكون حزبه أعرض قاعدة، وأكثر نفوذا، وأبعد تطورا، وأعمق فهما لآمال أنصاره وطموحاتهم.

وأكدت المحكمة الدستورية العليا[1] فى صدد جريمة التجمهر المؤلف من خمسة أشخاص على الأقل المعاقب عليها بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩١٤، أن شرط تضامن المتجمهرين فى المسئولية التى تقع تنفيذا للغرض من التجمهر هو ثبوت علمهم بهذا الغرض، وأن تكون نيه الاعتداء قد جمعتهم وظلت تصاحبهم حتى نفذوا غرضهم المذكور **وأن تكون الجرائم التى ارتكبت قد وقعت نتيجة نشاط إجرامى من طبيعة واحدة ولم تكن جرائم استقل بها أحد المتجمهرين لحسابه دون أن يؤدى إليها السير العادى للأمور، وقد وقعت جميعها حال التجمهر**، وأنه بذلك يكون المشرع قد جعل من توافر أركان جريمة التجمهر على الوجه المعروف به قانونا أمرا يتحقق به صورة المساهمة فى الجرائم التى يرتكبها أحد المتجمهرين جاعلا معيار المسئولية

(١) دستورية عليا فى ٢٩ إبريل سنة ١٩٨٩ فى القضية رقم ١ لسنة ٩ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٤ قاعدة رقم ٢٩ ص ٢٢٨.

وتحمل العقوبة هو العلم بالغرض من التجمهر واتجاه الإرادة إلى تحقيق هذا الغرض، وكل ذلك باعتبار أن الأصل فى الشريك أنه شريك فى الجريمة وليس شريكا مع فاعلها يستمد صفته هذه من فعل الاشتراك ذاته المؤثم قانونا.

وقد أكد المجلس الدستورى فى فرنسا القيمة الدستورية لهذا المبدأ حين قضى بدستورية القانون الصادر فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٧٦ بشأن منع حوادث العمل. فبمقتضى هذا القانون يمكن تحميل صاحب العمل الغرامات والمصاريف القضائية المحكوم بها على تابعه - كلها أو بعضها - بسبب جريمة ارتكبها هذا التابع بالمخالفة لقواعد الصحة أو الأمن فى أثناء العمل. فقد ثار البحث عما إذا كان إعفاء المتبوع من المسئولية لكى تقع على صاحب العمل يعد مخالفا لمبدأ شخصية المسئولية؟

وقد أجاب المجلس الدستورى بانتفاء ذلك على أساس أن هذا الإعفاء محض رخصة للمحكمة تمارسها فى ضوء ظروف الواقعة وظروف عمل المتبوع، وأن المحكمة لا تقرر نقل المسئولية على صاحب العمل بطريقة آلية، وإنما تفعل ذلك إذا وجدت صاحب العمل قد ارتكب خطأ أو إهمالا أو على الأقل أتى سلوكا غير كاف[1].

٨١- السلطة التقديرية للمشرع فى تحديد الأفعال الشخصية المنسوبة إلى المجرم

يستقل المشرع من خلال ممارسة سلطته التقديرية فى تحديد النشاط الإجرامى للمسئول عن الجريمة وأشكال هذا النشاط، سواء كان النشاط إيجابيا أو سلبيا، وسواء كان النشاط مكونا للركن المادى لجريمة مركبة، أو متكررة، أو من جرائم الاعتياد. ويستوى بهذا النشاط أن تكون الجريمة وقتية أو مستمرة. كما يستوى فى تحديد مضمون هذا الفعل أن يقف عند البدء فى تنفيذ الجريمة أو قبل ذلك (أى فى مرحلة الشروع أو المحاولة)، أو أن ينتهى إلى تمام الجريمة. ويستوى أيضا أن يشترط

---

(١) 2 Décembre 1976.

وانظر فى التعليق على هذا القرار

Favoreu; Grandes décisions du conseil constitutionnel, 8e édition, No. 30,p. 440

Favoreu; La constitutionnalisation du droit pénal, Mélanges Vitu, Edition cujas, 1989, p. 192.

القانون لوقوع الجريمة توافر ضرر معين أو الوقوف عند مجرد الخطر .

ويمارس المشرع الجنائى سلطته التقديرية من خلال السياسة الجنائية التى يتبعها . والمشرع فى هذا الشأن يخضع لأحد مذهبين أساسيين أو كليهما :

(أولهما): موضوعى أو مادى بحت ، يشترط أن يصل فعل الجانى إلى حد الاضطراب الاجتماعى أو الضرر المادى بالمصلحة سواء كانت شخصية أو عامة .

(ثانيهما): شخصى ، ويتأثر بتعاليم المدرسة الوضعية التى تعتد بالخطورة الإجرامية ، وتكتفى بمجرد إعلان الشخص لإرادته الإجرامية بأعمال خارجية تهدد المصلحة المحمية بالخطر .

وقد أخذ المشرع الجنائى المصرى بالمذهبين معًا ، فآثر فى بعض الأحوال اتباع المذهب المادى ، وتجلى ذلك فى الجرائم التى اشترط فيها وقوع ضرر معين من جراء فعل الجانى ، وتسمى بجرائم الضرر . وآثر فى أحوال أخرى اتباع المذهب الشخصى ، وتجلى ذلك فى الجرائم التى اكتفى فيها بوقوع خطر يهدد المصلحة المحمية من جراء فعل الجانى ، واضعا فى اعتباره أن هذا الفعل فى حد ذاته يعبر عن خطورة مرتكبه ، وتسمى بجرائم الخطر . وقد رأينا عند عرض الضمان السابق والمتمثل فى اشتراط أن يكون المجرم قد ارتكب فعلا ماديا ، عدم الاكتفاء بتجريم حالته الخطرة المنبتة الصلة عن أفعاله المادية التى يحاكم عنها . فالمشرع حين يمارس سلطته التقديرية فى تحديد الأفعال الشخصية المنسوبة إلى المجرم ، يفعل ذلك فى دائرة الأعمال المادية الملموسة ويبتعد عن الصيغ القانونية المصطنعة والتى تفترض فى الحالة النفسية الخطرة ارتقاءها إلى مستوى الأفعال التى يمكن أن تكون محلا للتجريم .

ومن ناحية أخرى ، يتقيد المشرع فى مباشرته سلطته التقديرية لتحديد الأفعال الشخصية المنسوبة إلى المجرم بمبدأ المساواة أمام القانون . ويلتزم المشرع باحترام هذا المبدأ عند تقديره للضرورة الاجتماعية والتناسب كضابط لتحديد أساس التجريم والعقاب مع مراعاة أن الاختلاف فى المعاملة لا يعنى بالضرورة الإخلال بمبدأ المساواة إذا كان هذا الاختلاف مبنيا على تفاوت المراكز القانونية ، أو مراعاة المصلحة العامة أو مراعاة قصد المشرع . ويعد إخلالا بهذا الضابط إهدار المساواة أمام القانون ، أو تحقيق عدم تناسب واضح بين الفعل محل التجريم والعقوبة المقررة له

والتى تنعكس كذلك أحيانا فى وصف الجريمة لما يشير إليه هذا التفاوت من إهدار لمبدأ المساواة، سواء لعدم الاتفاق مع الهدف من القانون أو مع المصلحة العامة.

٨٢ـ أهمية قيام علاقة السببية فى توافر شخصية المسئولية

لا تنفصل فكرة النشاط الإجرامى عن النتيجة، فكلتاهما فكرتان متلازمان لا غنى عن أىٍّ منهما لقيام الفعل الإجرامى المكون للركن المادى للجريمة التلازم القانونى بين النشاط الإجرامى والنتيجة توافر رباط مادى بينهما لإسناد الجريمة من الناحية المادية لمرتكب الفعل، وهو ما يعبر عنه بعلاقة السببية. وننبه فى هذا الشأن إلى رفض أية نظرية فى علاقة السببية يمكن أن تؤدى إلى مساءلة الشخص عن نتيجة لم تترتب من الناحيتين المادية والمعنوية معًا على فعله. فالصلة المادية بين الفعل والنتيجة أمر تتطلبه فكرة الإسناد المادى. كما أن الصلة المعنوية بين الاثنين تتطلبه أيضا الإرادة الواعية الحرة التى يجب توافرها فى حق المجرم كشرط لانعقاد مسئوليته الشخصية. ومن ثم، فإنه لا يكفى لانعقاد المسئولية ـ من الناحية الدستورية ـ الأخذ بالمعيار المادى الذى تنادى به نظرية تعادل الأسباب[1]، ولا الأخذ بالمعيار الشخصى البحت الذى تنادى به النظرية الشخصية أو الغائية والتى تعتبر الجانى مسئولا عن كل نتيجة يستهدفها نشاطه وتتجه إليها إرادته بغض النظر عن ترتيبها من الناحية المادية بسبب فعله[2].

ولعل أفضل النظريات التى تتفق مع شخصية المسئولية هى التى تجمع بين كل من العامل الموضوعى أو المادى والعامل النفسى فى إحداث النتيجة وقدرة الجانى من الناحية النفسية على التحكم فى هذه النتيجة، وأبرزها نظرية السببية الكافية. وقد استقر قضاء محكمة النقض على اعتناق معيار يجمع بين العاملين المادى والنفسى، فعرفت علاقة السببية بأنها علاقة مادية تبدأ بالفعل المتسبب وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله. إذا أتاه عمدا، أو خروجه فيما يرتكبه بخطئه عن دائرة التبصر بالعواقب العادية لسلوكه والتصون من أن يلحق

---

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات القسم العام طبعة ١٩٩٦ ص ٣٣١ وما بعدها.
(٢) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق ص ٣٣٢ و ٣٣٣.

عمله ضررا بالغير[1].

وباستقراء قضاء محكمة النقض يتضح أنها اعتمدت فى تحديد مدى توافر علاقة السببية فى الجرائم العمدية على العوامل المألوفة أى المتوقعة لدى الشخص المعتاد[2]، وهو بذاته جوهر نظرية السببية الكافية التى لا تساوى بين جميع العوامل المساهمة فى إحداث النتيجة، فلا تحمل المتهم غير مسئولية العوامل التى يتوقعها الشخص المعتاد، فهذه العوامل وحدها هى التى يجب عليه أن يتوقعها وقت مباشرة نشاطه الإجرامى. وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض بأن المتهم يكون مسئولا جنائيا عن جميع النتائج المحتمل حصولها من الإصابة التى أحدثها عن خطأ أو عمد، ولو كانت عن طريق غير مباشر بسبب التراخى فى العلاج أو الإهمال فيه، ما لم يثبت أنه كان متعمدا لتجسيم المسئولية[3]، أو صدر منه إهمال جسيم. وقد قضى بأنه إذا كان المجنى عليه قد قصر فى حق نفسه تقصيرا جسيما بنومه على القضبان المعدة لسير القطارات عليها وكان ذلك لمخالفته للمألوف بل للمعقول مما لا يمكن أن يرد على بال أى سائق، وكان لا يوجد من واجب يقضى بأن يستمر السائق طوال سير القطار فى إطلاق صفارته ولو لم يكن تحت بصره فى الطريق أشخاص أو أشباح، فإن علاقة السببية لا تكون متوافرة[4].

ومع ذلك فيلاحظ أن محكمة النقض حاولت فى بعض أحكامها القديمة إدخال فكرة القصد الجنائى فى رابطة السببية، فقالت بأن المتهم يعد مسئولا جنائيا عن كافة النتائج التى ترتبت على فعله مأخوذا فى ذلك بقصده الاحتمالى إذا كان عليه أن يتوقع كل هذه النتائج الجائزة الحصول[5]. وهذا الاتجاه فى ظاهره يربط بين فكرة السببية كعنصر فى الركن المادى للجريمة والقصد الاحتمالى كصورة من صور

---

(1) قضاء مستقر مثاله نقض ١٤ إبريل سنة ١٩٨٣، مجموعة الأحكام س٣٤ رقم ١٠٨ ص ٥٤٤، ١٥ مايو سنة ١٩٨٦ س٣٧ رقم ١٠٩ ص ٥٥٣.

(2) وعبرت عن ذلك أحيانا بالنتيجة التى تتفق والسير العادى للأمور (نقض ١٩ يناير سنة ١٩٩٣، مجموعة الأحكام س٤٤ رقم ١١ ص ١٠٨).

(3) مثال ذلك نقض ٢٦ مارس سنة ١٩٧٩، مجموعة الأحكام س٣٠ رقم ٧٩ ص ٣٨١، ٧ فبراير سنة ١٩٨٠ س٣١ رقم ٤١ ص ٢٠٠.

(4) انظر نقض ٢٣ إبريل سنة ١٩٣٠، مجموعة القواعد جـ ص٦ رقم ٥٦١ ص ٨٠٣.

(5) نقض ٢١ مارس سنة ١٩٣٨، مجموعة القواعد س٤ رقم ١٥٨ ص ١٧٢.

الركن المعنوى، مما دفع البعض إلى القول بأن اشتراط محكمة النقض «استطاعة التوقع ووجوبه» فى الجرائم العمدية موضعه الركن المعنوى للجريمة وليس علاقة السببية(١). ولكن يلاحظ أن اشتراط وجوب التوقع مستمد من معيار الشخص المعتاد الذى تأخذ به نظرية السببية الكافية، فإذا كانت العوامل المقترنة بنشاط الجانى متوقعة لدى الشخصى المعتاد اعتبرت من الأمور التى كان يجب على الجانى أن يتوقعها. هذا بالإضافة إلى أن الركن المعنوى فى الجرائم العمدية لا يكتفى بمجرد وجوب التوقع، وإنما يشترط التوقع الفعلى للنتيجة مما يعنى أن محكمة النقض لم تقم جوهر الركن المعنوى فى علاقة السببية(٢). وعلى هذا النحو استقر قضاء محكمة النقض على أن علاقة السببية فى المواد الجنائية علاقة مادية تبدأ بالفعل الذى اقترفه الجانى وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا أتاه عن عمد(٣).

وواقع الأمر، أنه إذا كان الإسناد المادى للفعل عنصرا فى شخصية المسئولية، وكان هذا الإسناد لا يمكن أن ينفصل عن الإرادة الواعية التى كانت وراء الفعل، فإن علاقة السببية بطبيعة الحال تفترض توافر هذه الإرادة الواعية حتى يتحمل الجانى مسئوليته عن النتيجة المترتبة على فعله. وبالتالى، فإن علاقة السببية هى عن الفعل المادى الذى صدر عن إرادة حرة، لا عن مجرد هذا الفعل بعيدا عن تلك الإرادة،

---

(١) محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق ص ٣٤٢.

(٢) يرى الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى (القسم العام طبعة سنة ١٩٦٢ المرجع السابق ص٣٤٥) أن القضاء المصرى لم يأخذ بمعيار السببية الكافية بناء على أن هذه النظرية قد أخذت بمعيار موضوعى هو ما فى النشاط الإجرامى من إمكانات لإحداث النتيجة، بينما أخذت محكمة النقض بمعيار شخصى هو استطاعة التوقيع ووجوبه. ولكن يلاحظ أن تقدير الإمكانات التى ينطوى عليها النشاط الإجرامى تتم على ضوء معيار الشخص المعتاد، وهو بذاته ما تأخذ به محكمة النقض للقول بمدى استطاعة التوقع ووجوبه. وفى هذا الصدد يقول الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى إن مدى خطورة الفعل تتحدد - وفقا لأغلب أنصار نظرية السببية الكافية - على ضوء العوامل المتاحة لشخص مثالى يعلم بها لو كان ذلك فى غير استطاعة الجانى.

وقد سبق أن بينا مدى اختلاف أنصار النظرية فى هذا الصدد، فمنهم من اهتدى بعلم الجانى شخصيا، ومنهم من أخذ بعين الاعتبار الشخص الواسع الذكاء، ومنهم من أخذ بمعيار الشخص المعتاد. وهذا الرأى الأخير هو الراجح فى نظرنا.

(٣) نقض ٨ نوفمبر سنة ١٩٧٦، مجموعة الأحكام س٢٧ رقم ١٩٤ ص ٣٨١، ٦ مارس سنة ١٩٧٨ س٢٩ رقم ٤٣ ص ٢٣٥، ٢٦ مارس سنة ١٩٧٩ س٣٠ رقم ٧٩ ص ٣٨١، ٧ فبراير سنة ١٩٨٠ س ٣١ رق ٤١ ص ٢٠٠، ١٣ نوفمبر سنة ١٩٨٠ س٣١ رقم ١٩٠، ٩٧٩، نقض ٤ فبراير ١٩٨٧ الطعن رقم ٤٧١٦ لسنة ٥٦ - غير منشور.

وإلا كان بحثها غير لازم قانونا إذا لم تكن هذه الإرادة قائمة وراء الفعل . فعلاقة السببية لا ينحصر مكانها فى مجرد الركن المادى للجريمة ، بل هى فوق ذلك شرط لانعقاد المسئولية الشخصية .

ويلاحظ أنه فى الجرائم غير العمدية ، استعارت محكمة النقض من الركن المعنوى جوهره وهو الخطأ غير العمدى ، حين قالت بأن علاقة السببية تكون متوافرة بخروج الجانى فيما يرتكبه بخطئه من دائرة التبصر بالعواقب العادية لسلوكه والتصون من أن يلحق عمله ضررا بالغير . وهذا القول ينطوى على إدماج فكرة الخطأ غير العمدى فى علاقة السببية ، وهو مالا يتفق مع كونها عنصرا فى الركن المادى ، وشرطا للمسئولية . إلا أن محكمة النقض اتجهت بعد ذلك إلى اعتناق نظرية تعادل الأسباب فى تحديد علاقة السببية فى الجرائم غير العمدية ، فقالت بأنه يكفى لتوافر رابطة السببية بين خطأ المتهم والضرر الواقع أن تستخلص المحكمة من واقع الدعوى أنه لولا الخطأ المرتكب لما وقع الضرر[1]. ثم قالت بأن رابطة السببية كركن من أركان جريمة القتل الخطأ تتطلب إسناد النتيجة إلى خطأ الجانى ومساءلته عنها طالما كانت تتفق والسير العادى للأمور[2] . وواقع الأمر، أن تقدير ما يجب أن يتوقعه الجانى من النتائج المألوفة حساب يفترض ابتداء توافر الإرادة الواعية قبل أن يدخل فى تقدير توافر الخطأ غير العمدى[3] .

وقد ربط القانون الفرنسى الصادر فى ١٠ يولية سنة ٢٠٠٠ (المادة ١٢ ؛ ٣ عقوبات) بين معيار علاقة السببية ومعيار الخطأ غير العمدى. فطبقا لهذا القانون ، فإنه إذا كانت السببية مباشرة يكفى مجرد الخطأ العادى لانعقاد المسئولية الجنائية ، وفى هذه الحالة يتطابق الخطأ الجنائى مع الخطأ المدنى . أما إذا كانت السببية غير

(١) نقض ٧ نوفمبر سنة ١٩٧٧ ، مجموعة الأحكام س٢٨ رقم ١٩٢ ص ٩٢١ ، ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٧٨ س٢٩ رقم ١٢ ص ٨٣٦ ، ١١ يناير سنة ١٩٧٩ س٣٠ رقم ١١ ص ٧١ نقض ١٥ ديسمبر ١٩٨٢ ، مجموعة الأحكام س٣٣ رقم ٢٠٨ ص ١٠٠٤ .

(٢) نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٦ ، مجموعة الأحكام س٢٧ رقم ١٧٨ ص ٩٣٨ .

(٣) ومن أمثلة ذلك أن محكمة النقض قضت بأن المتهم بالقتل العمد مسئول عن وفاة المجنى عليه التى لم تحدث إلا بعد علاج دام ثمانية وخمسين يوما طالما أنه كان فى استطاعته ومن واجبه أن يتوقع هذه النتيجة (نقض ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٣ الشرائع س١ رقم ١٨٥ ص ١٧٦) وفى صدد القتل الخطأ قضى بأن المتهم يكون مسئولا عن جميع النتائج المحتمل حصولها عن الإصابة التى أحدثها ولو كان عن طريق غير مباشر كالتراخى فى العلاج أو الإهمال ما لم يثبت أنه كان متعمدا ذلك لتجسيم المسئولية (نقض ٨ مارس سنة ١٩٦٥ ، مجموعة الأحكام ص١٦ رقم ٤٦ ص ٢١٥).

مباشرة، فإنه بينما يكفى الخطأ العادى لانعقاد المسئولية المدنية، لا يكفى هذا الخطأ لانعقاد المسئولية الجنائية، بل يشترط لتقرير هذه المسئولية توافر جسامة معنية فى الخطأ غير العمدى على نحو معين فى حالتين: (١) أن يكون الخطأ ملحوظا بوضوح، أو له جسامة معينة لا يمكن للجانى أن يجهلها[١]. (٢) أن يخالف الجانى على وجه واضح مع توقعه للنتائج التزاما خاصا بالحيطة والأمن على النحو الذى ينص عليه القانون أو اللائحة[٢]. وطبقا للمادة ٤ ؛ ١ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية، فإن الحكم ببراءة المتهم بسبب عدم توافر الخطأ غير العمدى فى هاتين الحالتين لا يمنع المحكمة الجنائية أو المدنية من الحكم بالتعويض إذا توافر الخطأ العادى[٣].

٨٣- عدم دستورية المسئولية عن فعل الغير

تعد الجريمة من فعل الغير بالنظر إلى الشخص الذى لم يساهم فيها بعمل مادى سواء باعتباره فاعلا أو شريكا، فهو بذلك غريب عن الجريمة المرتكبة. ومن المقرر عدم مسئولية هذا الغير عن المسئولية لعدم مساهمته فى الجريمة بفعل مادى، بالمعنى السالف بيانه. ومع ذلك، فقد يعلم الغير بالجريمة التى تقع بغير مساهمته فيها، أو تتجه إرادته إلى وقوعها دون أن يساهم فى ذلك بأى فعل مادى، وفى هذه الحالة لا يكفى ذلك لانعقاد مسئولية الغير عن الجريمة. إلا أن ذلك لا يخل بإمكان مساءلته عن جريمة خاصة إذا كان قد أسهم فيها بفعل مادى، كما إذا امتنع عن فعل معين أوجبه القانون، أو امتنع عن التبليغ عن الجريمة. هذا مع ملاحظة أنه إذا كان الشخص قد أخل بواجب قانونى امتنع عن مباشرته، وكان الامتناع عن أداء هذا الواجب قد أسهم فى حدوث النتيجة الإجرامية، فإنه لا يعد من الغير، ويمكن مساءلته عن الجريمة التى تمت بهذه النتيجة[٤].

وقد عرف التشريع الجنائى المصرى بعض الحالات التى تثير مشكلة المسئولية عن

---

(١) ويسمى la faute d'imprudence coractérisée

(٢) ويسمى la faute de mise endanger delibérée

وقد اعتبر المشرع الفرنسى هذا النوع من الخطأ غير العمدى ظرفا مشددا فى جرائم المساس غير العمدى بالحياة أو السلامة البدنية أو الإتلاف أو التخريب غير العمدى للأموال المملوكة للغير تحت تأثير الانفجار أو الحريق (المواد ٢٢١؛٦، ٢٢٢؛١٩، ٢٢٢؛٢٠).

(٣) انظر: Fréderic Desportes, Francis Le Gunehec, Droit pénal Genéral, 2002, pp. 447-450.

(٤) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق بند ٢٢٦ ص ٣٤٤.

فعل الغير. مثال ذلك، المادة ٥٨ من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين التى نصت على أن «يكون صاحب المحل مسئولا مع مديره أو القائم على إدارته عن كل ما يقع فى المحل من مخالفات لأحكام هذا المرسوم بقانون، ويعاقب بالعقوبات المقررة لها. فإذا ثبت أنه بسبب الغياب أو استحالة المراقبة لم يتمكن من منع وقوع المخالفة، اقتصرت العقوبة على الغرامة المبينة فى المواد من ٥٠ إلى ٥٦ من هذا المرسوم بقانون. وتكون الشركات والجمعيات والهيئات مسئولة بالتضامن مع المحكوم عليه بقيمة الغرامة والمصاريف». وكذلك المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح التى نصت على أن «يكون صاحب المحل مسئولا مع مديره أو القائم على إدارته عن كل ما يقع فى المحل من مخالفات لأحكام هذا المرسوم بقانون ويعاقب بالعقوبات المقررة لها. فإذا ثبت أنه بسبب الغياب أو استحالة المراقبة لم يتمكن من منع وقوع المخالفة، اقتصرت العقوبة على الغرامة المبينة فى المادتين ٩ و ١٣». وكذلك نصت المادة ٣٨ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ فى شأن المحال العامة على أنه «يكون مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه مسئولين معًا عن أية مخالفة لأحكام هذا القانون». وكذلك كانت المادة ١٩٥ من قانون العقوبات تنص على أنه «مع عدم الإخلال بالمسئولية الجنائية بالنسبة لمؤلف الكتابة أو واضع الرسم أو غير ذلك من طرق التمثيل، يعاقب رئيس تحرير الجريدة، أو المحرر المسئول عن قسمها الذى حصل فيه النشر إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير بصفته فاعلا أصليا للجرائم التى ترتكب بواسطة صحيفته. ومع ذلك يعفى من المسئولية الجنائية[1].

وإذا استقرأنا الحالات السابقة نجد أن صاحب المحل طبقا للمادة ٥٨ من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين، وطبقا للمادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح يعد مسئولا عن كل ما يقع فى المحل من مخالفات لأحكام كل من هذين المرسومين بقانون، كما يسأل عنها كذلك مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه فى

(١) إذا أثبت أن النشر حصل بدون علمه وقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات والأوراق للمساعدة على معرفة المسئول عما نشره. أو إذا أرشد فى أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة، وقدم كل ما لديه من المعلومات والأوراق لإثبات مسئوليته وأثبت فوق ذلك أنه لو لم يقم بالنشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته فى الجريدة أو لضرر جسيم آخر». وكذلك أيضا مسئولية رئيس الحزب طبقا للمادة ٢/١٥ من قانون الأحزاب السياسية رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩.

شأن المحال العامة طبقا للقانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ ، وتتقرر هذه المسئولية عن كل ما يقع فى المحل من جرائم بالمخالفة لأحكام أى من المرسومين بالقانونين المذكورين ، ولو لم يصدر منهم فعل مادى يسهم فى ارتكاب أى من هذه الجرائم . وبالإضافة إلى ذلك ، فإن صاحب المحل يظل مسئولا كذلك عن الجرائم التى تقع فى المحل طبقا للمرسومين بقانونين سالفى الذكر ، ولو أثبت أنه بسبب الغياب أو استحالة المراقبة لم يتمكن من منع وقوع المخالفة ، غير أنه فى هذه الحالة الأخيرة يقتصر الحكم عليه بالغرامة[١] .

وبالنسبة إلى مسئولية رئيس التحرير ، فإنه طبقا للمادة ١٩٥ من قانون العقوبات نجد أنه أيا كانت الأعذار التى يقدمها رئيس التحرير للتخلص من المسئولية بإثبات انتفاء الإسناد المادى للجريمة إليه ، وأن الجريمة تمت بغير علمه ، فإنه يظل مسئولا كذلك عن الجرائم التى تضمنها المقال ولو كان النشر فى الجريدة قد حصل دون تدخله ، ما لم يثبت أمورا لا علاقة لها بالجريمة ذاتها ، هى أن يقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات والأوراق للمساعدة على معرفة المسئول عما نشر ، أو الإرشاد فى أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة وتقديم ما لديه من معلومات وأوراق لإثبات مسئوليته ، وكذا إثبات أنه لو لم يقم بالنشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته فى الجريدة أو لضرر جسيم آخر . ولاشك فى أنه فى هذه الحالة لا تتوافر المسئولية الشخصية لرئيس التحرير ، لعدم اشتراط القانون صدور فعل مادى منه فى الجريمة التى تقررت مسئوليته عنها . ولذلك فإنه ما إن عرضت المادة ١٩٥ من قانون العقوبات على المحكمة الدستورية العليا ، حتى قضت المحكمة بعدم دستوريتها[٢] ، على أساس أنها تتناقض مع شخصية المسئولية الجنائية التى تفترض ألا يكون الشخص مسئولا عن الجريمة ، ولا أن تفرض عليه عقوبتها إلا بوصفه فاعلا لها أو شريكا فيها . وقد ردت المحكمة الدستورية العليا على مقولة أن النص المطعون فيه لا يقرر مسئولية عن عمل الغير ، بل يثير المسئولية الشخصية لرئيس التحرير بوصفه

---

(١) قضت محكمة النقض أن مساءلة مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه طبقا للمادة ٣٨ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ هى مسئولية أقامها المشرع وافترض لها علم هؤلاء بما يقع من مخالفات حتى ولو لم يكن أيهم موجودا بالمحل وقت وقوعها (نقض ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٩٣ ، مجموعة الأحكام س٤٤ رقم ١٣٧ ص ٨٧٦).

(٢) دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية فى ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧ (العدد ٧ تابع).

مشرفا على النشر، مراقبا مجراه عملا بنص المادة ٥٤ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم الصحافة، وأن الوقائع التى تضمنها المقال والمعتبرة سبا أو قذفا فى حق الآخرين، ما كان لها أن تتصل بالغير إلا إذا أذن رئيس التحرير بنشرها لتكتمل بالنشر الجريمة التى نسبها النص المطعون فيه إلى رئيس التحرير، باعتبار أن ركنها المادى هو الامتناع عن مراقبة المقال، وأن ركنها المعنوى قد يكون هو العمد أو غير العمد؛ وقد أسست ردها على خمسة أسباب تتلخص فى أن الجريمة العمدية تقتضى توافر القصد الجنائى بشأنها علما من الجانى بعناصرها، ولا يكفى لوقوعها توافر مجرد الخطأ غير العمدى، وأن مسئولية رئيس التحرير لا تستقيم مع افتراض القصد الجنائى، وأنه لا يتصور فى جريدة تتعدد صفحاتها وتتزاحم مقالاتها وتتعدد مقاصدها، أن يكون رئيس التحرير محيطا بها جميعا ولا أن يزن كل عبارة تضمنتها بافتراض سوء نية من كتبها، ولا يجوز افتراض الخطأ فى المسئولية الجنائية، وأن رئيس التحرير وقد أذن بالنشر، لا يكون قد أتى عملا مكونا لجريمة يكون به فاعلا مع غيره، ذلك أن الشخص لا يعتبر فاعلا للجريمة إلا من خلال أعمال باشرها تتصل بها وتعتبر تنفيذا لها، ولئن جاز القول بأن العلانية فى الجريمة التى تضمنها النص المطعون فيه، لا تتم إلا من خلال الأمر بنشر المقال المتضمن قذفا وسبا فى حق الآخرين، إلا أن مسئولية رئيس التحرير جنائيا عن تحقق هذه النتيجة، شرطها اتجاه إرادته لإحداثها، «ومدخلها علما يقينيا بأبعاد هذا المقال».

ورغم تأييدنا لكل الأسباب التى ساقتها المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن إلا أننا نلاحظ أن كل هذه الأسباب تنصرف إلى إنكار القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى فى حق رئيس التحرير؛ وكلها أسباب تنصرف إلى إنكار المسئولية المفترضة التى تقوم على افتراض الركن المعنوى. أما المسئولية عن فعل الغير والتى تحدثت عنها المحكمة الدستورية العليا، فإنها تقوم على نسبة المسئولية إلى شخص لم يسهم فى ارتكابها بأى عمل مادى. ولا يكفى لانعقاد المسئولية الشخصية افتراض الركن المادى أو افتراض الركن المعنوى، بل يجب أن يتوافر الركنان معًا يقينا. على أنه فى صدد مسئولية رئيس التحرير طبقا للمادة ١٩٥ عقوبات، تعتبر مسئوليته عن فعل الغير بسبب عدم اشتراط هذه المادة صدور فعل مادى منه إسهاما منه فى الجريمة. وكذلك تعتبر مسئوليته مفترضة إذا توافر هذا الفعل المادى فى شأنه (وهو الإذن بالنشر)، لأن نص المادة ١٩٥ عقوبات كان قد افترض توافر القصد الجنائى فى حقه افتراضا. وبناء على ما تقدم، إذا نظرنا إلى مسئولية رئيس التحرير وفقا للمادة ١٩٥

عقوبات المقضى بعدم دستوريتها، نجد أنه قد شابها عوار دستورى من حيث تقرير كل من المسئولية عن فعل الغير والمسئولية المفترضة فى آن واحد. فقد أقامت هذه المادة قرينة قانونية على افتراض القصد الجنائى فى حق رئيس التحرير عن جريمة لا تقع إلا عمدا، إخلالا بأصل البراءة. ويرجع عدم دستورية المسئولية المفترضة (القائمة على افتراض ثبوت الركن المعنوى) إلى تأسيس المسئولية بناء على مجرد ارتكاب الفعل المادى، استناداً إلى قرينة قانونية بثبوت القصد الجنائى (أو الخطأ غير العمدى) خلافا لأصل البراءة. هذا فضلا عن أن افتراض الركن المعنوى فى الجريمة يكشف عن عدم توافر الضرورة والتناسب فى التجريم كما سنبين فيما بعد.

وقد سبق أن بينا بشأن مسئولية رئيس الحزب عما ينشر فى جريدة الحزب أن المحكمة الدستورية العليا قد لاحظت - بحق - أنه ألحق مسئولية رئيس الحزب بمسئولية رئيس التحرير وأضافها إليه لتتبعها ثبوتا ونفيا، دون أن تقوم على أعمال محددة فصلها المشرع ناهيا رئيس الحزب عن إتيانها بما لا غموض فيه، وأن المسئولية الجنائية لرئيس الحزب لا يتصور تقريرها بناء على افتراض لا يستقيم وطبائع الأشياء.

وطبقا لقضاء المحكمة الدستورية العليا أفل نجم المسئولية عن فعل الغير التى استخدمها المشرع فى بعض التشريعات، والتى سمتها محكمة النقض بأنها مسئولية مفترضة[1].

وفى فرنسا، ظهرت المسئولية عن فعل الغير صراحة فى بعض التشريعات وذلك فى بعض الجرائم الاقتصادية، وفى الجرائم التى تقع بالمخالفة لقانون العمل، أو بالمخالفة لقانون الضمان الاجتماعى[2]. وذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن المسئولية الجنائية يمكن أن تنشأ عن فعل الغير فى حالات استثنائية حين تفرض بعض الالتزامات القانونية واجب القيام بعمل مباشر على الوقائع التى تصدر عن تابعه، مثل واجب مدير المشروع فى التحقق فى أثناء العمل من مراعاة اللوائح المفروضة لتحقيق المصلحة

---

(١) انظر نقض ٥ مارس سنة ١٩٣٤، مجموعة القواعد جـ٣ رقم ٢١٥ ص ٢٤٧، نقض ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٤، مجموعة الأحكام س١٥ ص ٦٨٧، ٢٣ يونية سنة ١٩٧٥ س٢٦ ص ٥٦٧. ويلاحظ أن محكمة النقض قد أجازت هذه المسئولية على أساس أنها مسئولية خاصة أفرد لها المشرع تنظيما استثنائيا على خلاف القواعد العامة تغيا به تسهيل الإثبات فى جرائم النشر، مما لازمه امتناع التوسع فى هذا الاستثناء أو القياس عليه، ورتبت على ذلك عدم مسئولية رئيس مجلس إدارة الجريدة ونائبه لأنهما ليسا من الأشخاص الذين حددتهم المادة ١٩٥ عقوبات سالفة الذكر (نقض جنائى فى ٢٢ مارس سنة ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٥٩٤٢ لسنة ٥٣ قضائية).

(٢) انظر: Stefani, Levasseur et Bouloc, Droit pénal général, édition, Dalloz, 1994, No. 353, 354, pp. 276, 277.

العامة[1] . كما نصت المادة ٤٢ من القانون الصادر فى ٢٩ يولية سنة ١٨٨١ بشأن الصحافة على أنه يعتبر فاعلين أصليين فى الجرائم التى تقع بواسطة الصحافة - مديرو النشر أو التحرير مهما كانت مهنهم أو مسمياتهم؛ والمشتركون فى إدارة النشر (فى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة الثالثة من المادة السادسة)، فإذا لم يوجد هؤلاء يعتبر المؤلفون فاعلين أصليين؛ وعند عدم وجودهم، يسأل الطابعون؛ وعند عدم وجودهم يسأل البائعون والموزعون ولاصقو الإعلانات. وقد سميت بـ «المسئولية التتابعية» "en cascade" لأنها تنعقد على أشخاص مختلفين ممن ساهموا فى النشر، وذلك بالتتابع بحيث يعاقب أحدهم إذا أفلت من سبقه فى التتابع من المسئولية بسبب عدم وجوده. وهى مسئولية منتقدة، لأن طبيعة المسئولية الجنائية لا تتغير إلا وفقا لماهية وطبيعة الفعل الذى أتاه الجانى لا وفقا لوجود أو غياب أشخاص ساهموا فى هذا الفعل[2]. وقد حاول جانب من الفقه تأسيس المسئولية الجنائية لرئيس التحرير وفقا للقواعد العامة، فأسسها البعض على نظرية الفاعل المعنوى، وأسسها البعض الآخر على نظرية الخطأ المفترض، بينما أسسها فريق ثالث على الخطأ الشخصى، وأسسها البعض الآخر على القصد الجنائى المفترض. ولم تنج هذه النظريات من النقد، فافتراض الخطأ غير العمدى أو القصد الجنائى يقوم على قرينة تتنافى مع أصل البراءة فى المتهم. كما أن نظرية الفاعل المعنوى تعجز عن تقديم حل لهذه المسئولية. وكذلك، فإن اشتراط الخطأ الشخصى فى حق رئيس التحرير سوف يؤدى إلى تحميله المسئولية عن جريمة مستقلة عن الجرائم التى تقع بواسطة النشر باعتبار أنها جرائم عمدية بطبيعتها[3].

وقد جاء قانون العقوبات الفرنسى الجديد فنص فى المادة ١٢١/ ١ على أنه «لا يسأل الشخص جنائيا إلا عن فعله الشخصى». ويقرر هذا المبدأ انتهاء نظرية المسئولية عن فعل الغير ووضعها فى محفوظات التاريخ[4].

---

(١) Crim. 28 Fév 1956, J C.P. 1956 - II - 9304.
Crim. 2 Mars 1958, Gaz. Pal, 1958 - II - 815.

(٢) Tarek Sorour, La responsabilıté en maiére de presse, Thése de doctorat, 1995, Université pantheon-Assas Paris II, No. 303, p. 226.

(٣) انظر: Tarek Sorour, op. cit., No. 525-565, pp 386-415.
وانظر: No 568-600, pp. 419-446.

(٤) انظر الدكتور محمد أبو العلا عقيدة: الاتجاهات الحديثة فى قانون العقوبات الفرنسى الجديد، طبعة ١٩٩٧ ص ٣٨.

المبحث الثانى

القيمة الدستورية لمسئولية الجانى عن إرادته الآثمة

٨٤ـ ماهيتها

لا يكفى لتوافر المسئولية الجنائية لشخص معين ثبوت إسناد فعل - أو امتناع معين - إليه ما لم يكن هذا الفعل وليد إرادة حرة تبعث هذا الفعل إلى الوجود. فهذه الإرادة الحرة هى التى ينبعث منها القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى الذى اقترن بالفعل. ولا تكون الإرادة حرة إلا إذا كانت وليدة أهلية جنائية يعترف بها القانون وهى الإدراك أو التمييز. وتعبر هذه الأهلية عن قدرة صاحبها قانونا على توجيه إرادته إلى ما يخالف قانون العقوبات[١].

واشتراط هذه الإرادة الحرة يعد ضمانا مهما لحماية الحقوق والحريات فى مواجهة سلطة التجريم والعقاب. فهى الرباط الحيوى بين الفعل المادى وعقل صاحبه[٢]. فكل من الفعل المادى والقصد أو الخطأ غير العمدى يجب أن يريده صاحبه.

وقد ثار البحث عما إذا كانت الإرادة الحرة تعد جزءا من الركن المادى أو جزءا من الركن المعنوى، فهى المحرك للفعل المادى، وبدونها لا يقوم الركن المعنوى (الإثم الجنائى متمثلا فى القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى)[٣]. والصحيح أن إسناد الإرادة الحرة لشخص معين شرط للمسئولية الجنائية عن الجريمة، بغض النظر عن موقعها فى ركنى الجريمة المادى والمعنوى، فالجريمة ككيان مادى تنفصل عن

---

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، طبعة ١٩٩٦، ص ٣٤٥ وما بعدها. وانظر الدستورية العليا فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٤٧ فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٩٦

(٢) وقد عبر عن ذلك بالقول:

"A vital link between mind and body". (Smith and Hogan, Criminal law, fifth edition, London, Butterworths, 1983, p. 37).

(٣) Smith and Hogan, Criminal law, pp. 35 - 37

المسئولية عنها، فلكل منهما متطلباته القانونية. ولكنها من زاوية التطبيق القضائى لا تقوم بغير كيانها المادى منسوبا إلى من توافرت مسئوليته عنه.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن الأصل فى الجرائم، أنها تعكس تكوينا مركبا من الفعل المادى والإرادة الحرة، وذلك باعتبار أن هذه الإرادة هى التى تتطلبها الأمم المتحضرة فى مناهجها فى مجال التجريم بوصفها ركنا فى الجريمة، وأصلا ثابتا كامنا فى طبيعتها، وليس أمرا دخيلا مقحماعليها أو غريبا عن خصائصها، بل أمر ثابت. وكأصل عام ألا يجرم الفعل ما لم يكن إراديا قائما على الاختيار الحر[1]. ويستخلص هذا الضمان مباشرة من مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليه فى المادة ٦٦/ ٢ من الدستور. فعندما يحظر المشرع الدستورى العقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون، فإنه يعنى بالضرورة إعطاء الفرصة للأفراد فى الإحاطة علما بالتجريم والعقاب قبل الإقدام على ارتكاب الفعل محل التجريم. وهو ما يفترض اعتداد المشرع الدستورى بالإرادة الواعية التى على أساسها يضع القواعد التى تكفل علم المخاطبين بالقانون الجنائى. فما فائدة هذا العلم، إذا لم تكن الإرادة الواعية عنصرا لازما فى تكوين الجريمة. ومن ناحية أخرى، فقد نصت المادة ٦٦/ ١ من الدستور على أن العقوبة شخصية. ولا تتحقق شخصية العقوبة بغير شخصية المسئولية التى ترتكز ضمن ما ترتكز على مبدأ الإرادة الحرة لمن تنعقد مسئوليته. وهذا ما استظهرته المحكمة الدستورية العليا فى قولها بأن الشخص لا يزر غير سوء عمله، وأن جريرة الجريمة لا يؤاخذ بها إلا جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها، وأن «شخصية العقوبة»، و«تناسبها مع الجريمة محلها» مرتبطان بمن يعد قانونا «مسئولا عن ارتكابها»، ومن ثم تفترض شخصية العقوبة - التى كفلها الدستور بنص المادة ٦٦ - شخصية المسئولية الجنائية، بما يؤكد تلازمهما[2].

وواضح مما تقدم، أن المحكمة الدستورية العليا اعتبرت الإرادة الحرة شرطا لشخصية المسئولية الجنائية، بينما ذهبت فى ذات الوقت إلى أن الجريمة هى تكوين

---

(١) دستورية عليا فى ٣ يولية سنة ١٩٩٥ القضية رقم ٢٥ سنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٢ ص ٤٥، ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢.

(٢) دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢.

مركب من الفعل المادى والإرادة الحرة[1]، بينما يتعين الفصل بين مسألتين، الأولى هى الجريمة بركنيها المادى والمعنوى والثانية هى المسئولية الجنائية. فالجريمة هى المحرك للمسئولية، بينما تنعقد المسئولية عنها لتحدد من صدرت عنه الإرادة التى اتجهت نحو ارتكاب الجريمة، وهو ما يسمى بالإسناد المعنوى.

وواقع الأمر فإن شخصية المسئولية يتوقف على الإسناد المادى للفعل الإجرامى، والإسناد المعنوى للإثم الجنائى (القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى).

ويلاحظ تطبيقا لاعتداد المشرع الدستورى بالإرادة الحرة، نجد أنه قد نص على إهدار أى قول يثبت أنه صدر من مواطن تحت وطأة شىء من الإيذاء البدنى أو المعنوى، وعدم التعويل عليه (المادة ٤٢/ ٢)، وهو ما ينبع عن احترام الإرادة الحرة. وكذلك الشأن فى المادة ٤٣ من الدستور التى حظرت إجراء أى تجربة طبية أو علمية على أى إنسان بغير رضائه.

٨٥ـ مضمون حرية الإرادة

نلاحظ على قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر أنه قد حدد معنى حرية الإرادة فى حرية الاختيار بين الخير والشر. لتنحل الجريمة ـ فى معناها الحق ـ إلى علاقة ما بين العقوبة التى تفرضها الدولة بتشريعاتها، والإرادة التى تعتمل فيها تلك النزعة الإجرامية التى يتعين أن يكون تقويمها ورد آثارها، بديلا عن الانتقام والثأر المحض. وذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن تحديد مضمون الإرادة وقوفا على ماهيتها، وإن جاز القول بأنه مازال أمرا عسيرا، إلا أن معناها يدور بوجه عام حول النوايا الإجرامية أو الجانحة أو النوازع الشريرة المدبرة أو تلك التى يكون الخداع قوامها أو التى تتمحض عن علم بالتأثيم، مقترنا بقصد اقتحام حدوده لتدل جميعها على إرادة إتيان فعل بغيا[2]. وهذا الذى قالته المحكمة الدستورية العليا فى

---

(١) دستورية عليا فى ٣ يولية سنة ١٩٩٥، و٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ السالف الإشارة إليهما.

(٢) دستورية عليا فى ١٥ يونية سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٥ فى ٢٧ من يونية سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٣٩، ٣ يولية سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٩ فى ٢ من يولية سنة ١٩٩٥، المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ٢ ص ٤٥.

شرح مضمون الإرادة، يعد من قبيل التفسير التوجيهى، الذى يرشد السلطة المختصة بتطبيق نصوص القانون، فهو لا يهدف إلى تحديد النطاق القاعدى للنص المطعون عليه. فاشتراط الإرادة الحرة لوقوع الجريمة هو الذى يحدد هذا النطاق، أما تحديد معناها أو مضمونها فهو من قبيل توجيه السلطة المختصة بتطبيق هذا النص على سبيل الاستنارة، مع إعطائها سلطة تقديرية فى إقرار ما تراه(1).

ونحن لا نتفق مع هذا التفسير التوجيهى فى نقطتين؛ الأولى أن حرية الاختيار بين الخير والشر هى أحد المعايير التى قيل بها فى تحديد الأهلية الجنائية "Criminal capacity" والتى تعتمد على توافر الإدراك والتمييز. وينعدم الإدراك بفقد العقل (الذى يفقد الإدراك)، وينعدم التمييز بصغر السن (الذى يفقد التمييز)(2). وقد نال هذا البحث اهتمام القضاء الأنجلوسكسونى، فقيل بأن الإنسان يفقد حريته فى الاختيار إذا كان غير قادر على التمييز بين الخير والشر(3)، وقيل بأن الإنسان لا تتوفر لديه حرية الاختيار إذا فقد فهمه وذاكرته وعجز عن معرفة ماذا يفعل أكثر مما يعرفه الصغير أو الوحش الكاسر(4). ولكن هذين المعيارين لم يستقر عليهما القضاء. وقيل بأن حرية الاختيار تتوافر إذا كان صاحبها قادرا على التمييز بين الخطأ والصواب الذى يتطلب فى الشخص أن يعرف طبيعة وصفة الفعل الذى يرتكبه، فإذا كان عالما به، فإنه يجب أن يثبت لتوافر حرية الاختيار أنه كان يعرف أن ما قام به يعتبر فعلا خاطئا(5). إلا أن هذا المعيار الأخير بعد أن أخذ به جانب من القضاء الأمريكى عدل عنه بسبب اختلاف المحاكم فى تحديد مدلول الفعل الخاطئ. وذهب رأى آخر(6) إلى أن حرية الاختيار تتوافر إذا لم يكن لدى الشخص دافع نحو الجريمة يعجز عن مقاومته، فإذا فقد الشخص تماما السيطرة على سلوكه لا يمكن

---

(1) انظر ما ورد فى مؤلفنا «الحماية الدستورية للحقوق والحريات»، مرجع سابق، بشأن وسائل تفسير النصوص التشريعية التى تلجأ إليها المحكمة الدستورية العليا.

(2) انظر: Glanville Williams, Text book of criminal law, London, Stevens and sons, 1978, pp. 587 - 598.

(3) Jerome Michael. مشارا إليه فى: The Good and Evil test
Criminal law, and its administration Chicago, 1940, p. 809.

(4) مشار إليه فى: "The wild beast test", Jerome Michael, op. cit, p. 809.

(5) " The Right and Wrong test", Mc Naghaten case, House of lords 1843, Jerome Michael op. cit., p. 810. Glanville Williams, p. 591.

(6) "The Right and Wrong test"; Jerome Michael, op. cit., p. 721.

توجيه اللوم إليه. ويلاحظ أن جميع هذه المعايير تنصرف إلى قدرة الشخص على الإدراك، وهو شرط مفترض سابق على حرية الاختيار، فالإرادة الحرة تفترض أن تتوافر لدى صاحبها القدرة على توجيه إرادته إلى عمل أو امتناع معين، وما لم تتوافر لديه هذه القدرة عجز عن توجيه إرادته إلى الوجهة التى يراها. والأمر متروك لتقدير محكمة الموضوع.

ومن ثم، فلا يجوز الخلط بين حرية الاختيار؛ والإدراك الذى يعطى لصاحبه القدرة على ممارسة هذه الحرية وهو ما يدخل فى عناصر الأهلية الجنائية كشرط مفترض وأساسى لقيام المسئولية الجنائية[1].

أما النقطة الثانية التى نلاحظها على التفسير التوجيهى للمحكمةالدستورية العليا فينصرف إلى ما عبرت عنه هذه المحكمة من أن معنى الإرادة ينصرف إلى النوايا الإجرامية أو الجانحة أو النوازع الشريرة أو تلك التى يكون الخداع قوامها، أو التى تتمحض عن علم بالتأثيم مقترنا بقصد اقتحام حدوده. فهذا القول يخلط بين مطلق الإرادة الحرة، وبين الميول الإجرامية التى يؤخذ بها فى الاعتبار عند تحديد الخطورة (وهو ما عبرت عنها المحكمة بالنوازع الشريرة)، كما يخلط بين الإرادة الحرة والقصد الجنائى (وهو ما عبرت عنه المحكمة بالنوايا الإجرامية أو الجانحة أو التى تتمحض عن علم بالتأثيم مقترنا بقصد اقتحام حدوده). ولاشك فى أن كلا من هذه المعانى له منطقته القانونية؛ فالإرادة الحرة هى مناط شخصية المسئولية فى جميع الجرائم سواء كانت عمدية أو غير عمدية، كما أن الخطورة الإجرامية المعبر عنها بالميول الإجرامية هى مناط تفريد العقوبة مع غيرها من المعايير.

وقد ثار البحث عن مدى مسئولية المتهم فى حالة السكر الاختيارى الذى يؤدى إلى فقد الإرادة الحرة. ولاشك فى أن هذا الفقد من شأنه أن يؤدى إلى انعدام المسئولية تبعا لانعدام الإدراك، إلا أن خطورة فعل الجانى بإقدامه على السكر الاختيارى أدى إلى محاولة تقرير نوع من المسئولية الجنائية على السكر باختياره. فتشعبت الاتجاهات فى هذا الصدد بين اتجاه ينادى بالمسئولية غير العمدية، واتجاه ينادى بالمسئولية العمدية بناء على القصد الاحتمالى[2]، واتجاه ينادى بالمسئولية

---

(١) انظر مؤلفنا، الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق ص ٤٩٣ و ٤٩٧ و ٤٩٨.
(٢) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، طبعة ١٩٩٦ ص ٥٠٤ وما بعدها.

العمدية بعد استبعاد القصد الخاص وقد أخذت محكمة النقض بهذا الاتجاه الأخير[1]، والذى يتفق مع القضاء الإنجليزى والأمريكى[2].

وفى رأينا أن شخصية المسئولية الجنائية، تتأبى قيام المسئولية على شخص لا يتوافر لديه الإدراك؛ لأن حرية الاختيار تتطلب الإدراك. ولا يمكن أن يكون فعل السكر الاختيارى مبررا لافتراض المسئولية عن جريمة لم يدرك فعلها ولم يرده باختياره الواعى. ونرى أن المسئولية الجنائية عن الجريمة التى تقع تحت تأثير السكر الاختيارى، يجب أن تكون عن جريمة مستقلة بذاتها لا عن ذات الجريمة التى قارفها تحت تأثير السكر الاختيارى الذى أعدم إدراكه وحريته فى الاختيار. وهذا الرأى يتفق مع ما قضت به المحكمة الدستورية الإيطالية بتاريخ ١٦ إبريل سنة ١٩٩٨ بعدم دستورية المادتين ٩٤ و٩٥ عقوبات إيطالى اللتين تقرران مسئولية المدمنين على السكر أو تناول المخدرات عن بعض الأعمال غير المشروعة، على أساس أنه من الضرورى أن يتوافر لديهم اختلال فى التوازن الكيميائى الحيوى biochimique الذى يحدد الحالة النفسية الباثولوجية للمتهم ويؤدى إلى اختلال حركته العقلية وسير إرادته، الأمر الذى لا يجوز معه اعتبار المدمنين على السكر أو المخدرات مسئولين عن أفعالهم. وقد تعرض هذا الحكم لنقد شديد من الفقه الإيطالى استنادا إلى اعتماده على معلومات وصفت بأنها خاطئة عمن يقع تحت تأثير المخدر ووصفه شخصا مسلوب الإرادة، والقول بأن هذا الحكم يعد بمثابة رخصة بالقتل تعطى للسكارى والمدمنين. إلا أنه رد على ذلك بأن هذه الانتقادات لا سند لها، لأن هذا الحكم أكد قاعدة محددة لا تعد فى حد ذاتها غير معقولة، وأن المحكمة شقت طريقها بشجاعة، وأن المستقبل وحده - والعلم كذلك - سوف يحدد ما إذا كان هذا الطريق صحيحا أم لا[3].

٨٦ - اشتراط الإثم فى الإرادة الحرة

باستقراء سياسة التجريم فى المجتمعات القديمة يتضح أن التجريم كان ينصرف إلى

---

(١) قضاء مستقر مثاله نقض ١٣ أكتوبر سنة ١٩٨٣، مجموعة الأحكام س ٣٤ ص ٨٢٩.

(٢) انظر: Smith and Hogan, Criminal law, p. 36.

(٣) انظر: Annuaire International de justice constitutionnalle, 1998, pp. 870, 871.

مجرد الفعل المادى (أو الامتناع)، وأن الإسناد المادى للسلوك كان كافيا وحده لانعقاد المسئولية، وهو ما يعرف باسم المسئولية المادية أو المفترضة. وجاء القانون الرومانى فاهتم بدور الإرادة الآثمة المشوبة بالعمد أو الخطأ فى قيام الجريمة واعتبارها ركنا لا غنى عنه. وخلافا لذلك، فقد اهتم القانون الجرمانى بالنتائج الضارة للسلوك دون عبرة بإثم الجانى، وانصرف التجريم إلى مجرد السلوك المادى، حتى قيل بأن العمل هو الذى يحاكم الإنسان.

أما القانون الكنسى، فقد اهتم بفكرة الخطأ فأصبحت الإرادة الآثمة شرطا لاغنى عنه فى الجريمة. وسار على ذلك القانون الفرنسى قديما وحديثا وغيره من التشريعات الحديثة[١]. ويهمنا فى هذا المجال تحديد وضع الإرادة الحرة المقترنة بالإثم الجنائى (القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى). فى سياسة التجريم.

وقد اتجه أنصار النظرية الموضوعية فى التجريم والتى تنظر إلى الجريمة بوصفها مجرد واقعة إجرامية أو فعلا ماديا خالصا، إلى عدم إنكار دور الإرادة الحرة، فذهب البعض إلى أنه رغم التعريف المادى للجريمة، فإنه لابد من توافر المسئولية الشخصية للجانى بوصفها فكرة مستقلة عن الجريمة لأنها لا تتعلق بالواقعة، وإنما تمس المجرم الذى ارتكبها والذى سيتحمل نتائجها العقابية[٢]. ويكون ذلك بتأسيس المسئولية على أسس موضوعية بحتة[٣].

ونادى البعض الآخر، وهو الفقيه الألمانى فلتسل بما يسمى بالنظرية الغائية[٤]، ومقتضاها أن كل سلوك إنسانى لا ينظر إليه بوصفه مجرد واقعة ذات سببية لنتيجة معينة، وإنما بوصفه نشاطا يهدف إلى غاية معينة، فهو إذن غائى، أى ينطوى على غاية فى ذهن صاحبه، وأنه لا يمكن لأحد أن يعالج علاقة السببية بعيدا عن هذه

---

(١) Mecadel, op. cit., Rev. Sc. Crim, 1967, pp. 57.

(٢) Merle et Vitu, Traité, p.260

(٣) انظر الدكتور أحمد عوض بلال، المذهب الموضوعى وتقلص الركن المعنوى للجريمة، سنة ١٩٨٨ ص ٦٣ وما بعدها.

(٤) انظر:
Maeller, Causing crimimal harm, Essays in criminal science, London, 1961, pp.200 - 205.
مأمون سلامة، النظرية الغائية للسلوك، المجلة الجنائية القومية سنة ١٩٦٩ العدد الأول، ص ١٢٩ وما بعدها.

الغاية . وطبقا لهذه النظرية استغنى فلتسل عن الركن المعنوى للجريمة ، لأن النشاط الإجرامى فى نظره لا يمكن فصله عن مضمونه الغائى ، مما ينبنى عليه عدم إمكان فصل القصد الجنائى فى الجرائم العمدية عن السلوك الصادر من الجانى لأنه هو الذى يوجه إرادته ويحدد غايته ويعطيه معناه . كما لا ينفصل هذا السلوك فى الجرائم عن الخطأ غير العمدى ، لأن الصفة الغائية لإرادة السلوك فى هذا النوع من الجرائم تتكون من إمكان توقع النتائج الممكن حدوثها عنه ، وقدرته على تجنبها . وهكذا يتضح أن هذه النظرية قد أدمجت الإثم الجنائى فى الركن المادى فخلطت بين الركنين المعنوى والمادى .

وذهب رأى إلى أن الإرادة الآثمة تلعب دورا سلبيا فى التجريم ، فالجريمة تقع بمجرد الفعل الذى يعاقب عليه القانون ، ولكن الجانى يستطيع أن ينفى المسئولية بتقديم عذر معين يوضح الظروف الذهنية التى اقترف فيها الفعل . وهذا العذر إما أن يؤدى إلى اعتبار جريمته غير عمدية ، أو اعتباره غير مسئول عنها ، وذلك طبقا لطبيعة هذا العذر ، ويتوافر القصد الجنائى عند الجانى إذا عجز عن تقديم أى نوع من الأعذار . ووفقا لهذا الرأى ، تتوافر قرينة القصد الجنائى فى حق الجانى بمجرد ارتكابه السلوك الإجرامى(1) . وهذا الرأى فضلا عن خطئه حين أقام القصد بناء على مجرد الافتراض وقع فى خطأ آخر حين توهم أن الخطأ غير العمدى يتوافر بمجرد نفى القصد الجنائى ، وذلك لأن هذا الخطأ له مظهر إيجابى وهو الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد .

أما عن النظرية الشخصية فى التجريم ، فقد أنكرت السياسة الجنائية الوضعية الإرادة الحرة بإنكارها أهمية العمل المادى المكون للجريمة واعتمد التجريم بذلك على خطورة المجرم .

والواقع من الأمر ، أن دور الإرادة الآثمة فى التجريم يتوقف على وظيفة قانون العقوبات ، فهو يقوم بدور اجتماعى تربوى يهدف إلى حمل الناس على الالتزام بأنواع معينة من السلوك ، ومنعهم من مخالفتها ، كما يقوم أساسا بدور جزائى يتمثل فى الردع العام والردع الخاص .

---

(1) Packer; Herbert; The limits of the criminal sanction, Stanford University press, 1968, pp.104.

إن هذا المعنى الأخير، هو الذى يستهدفه قانون العقوبات من خلال التجريم. فالإرادة الآثمة للجانى هى المحرك للانحراف عن السلوك الذى يتطلبه القانون من الأفراد، وليس مجرد عملية هائمة بعيدا بعيدة عن السلوك المادى. فالاتجاه نحو ارتكاب الجريمة يتضمن حتما توافر الإرادة والتقدير والقرار من جانب المجرم. وتوافر هذا الاتجاه يخضع إلى درجة كبيرة لظروف وحالة المجرم فى مجتمع معين. وبناء على ذلك، فإن الإرادة الآثمة فى فعل معين لا تعنى إرادة شخص منعزل عن المجتمع، وإنما هى إرادة شخص عضو فى المجتمع أى أنها تتحدد بالنظر إلى المجتمع أيضا لا بالنظر إلى مجرد علاقتها بشخص صاحبها، ولذلك فإن تجريم الفعل الماس بالمصلحة الاجتماعية يجب ألا يغفل فى الوقت ذاته عن درجة الإثم فى إرادة الجانى فى ارتكاب هذا الفعل وهو ما يعبر عنه فى الـ "Common law" باصطلاح "Mens rea"؛ لأن هذه الإرادة تفصح أيضا عن انحراف صاحبها عن مقتضيات الحياة الاجتماعية ولا تعكس مجرد شعور ذاتى داخل النفس. وواقع الأمر أن الردع العام والردع الخاص القائمين على الدور الجزائى لقانون العقوبات، لا يتحققا بدون اشتراط الإرادة الآثمة لدى الجانى، كما أن الدور التربوى لهذا القانون يرتكز صوب الإرادة الإنسانية حتى لا يشوبها الإثم الجنائى

وتحدد سياسة التجريم مدى دور الإرادة الآثمة فى التجريم. وقد تتأثر فى ذلك بطبيعة الجرائم المستحدثة التى يصطنعها المشرع لمواجهة ظروف طارئة، فتعمد إلى عدم اشتراط القصد الجنائى والاكتفاء بمجرد الخطأ غير العمدى. وتسيطر على المشرع فى هذا الصدد اعتبارات تنظيمية معينة فتدفعه إلى التزامات أكثر شدة ودقة تتفق مع واجبات الشخص البالغ الحذر مما يقتضى فرض مزيد من الانتباه على المواطنين[1].

وفى هذا الصدد، أكدت المحكمة الدستورية العليا[2] - بحق - أن الأصل فى الجرائم العمدية جميعها أنها تعكس تكوينا مركبا باعتبار أن قوامها تزامن بين يد اتصل الإثم بعملها، وعقل واع خالطها، ليهيمن عليها ويكون محددا لخطاها،

---

(١) Mercadal, op. cit., Rev. Sc. Crim. 1967, p. 47.

(٢) دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، سالف الإشارة إليه.

متوجها إلى النتيجة المترتبة على نشاطها، فلا يكون القصد الجنائى إلا ركنا معنويا فى الجريمة مكملا لركنها المادى، ومتلائما مع الشخصية الفردية فى ملامحها وتوجهاتها، وأن هذه الإرادة الواعية هى التى تتطلبها الأمم المتحضرة فى مجال التجريم بوصفها ركنا فى الجريمة، وأصلا ثابتا كامنا فى طبيعتها، وليس أمرا فجا أو دخيلا مقحما عليها أو غريبا عن خصائصها، لتنحل الجريمة - فى معناها الحق - إلى علاقة ما بين العقوبة التى فرضها المشرع، والإرادة التى تعتمل فيها تلك النزعة الإجرامية التى يتعين أن يكون تقويمها ورد آثارها بديلا عن الانتقام والثأر من صاحبها وغدا أمرا ثابتا - وكأصل عام - ألا يجرم الفعل ما لم يكن إراديا قائما على الاختيار الحر، ومن ثم مقصودا. واستطردت المحكمة الدستورية العليا قائلة بأنه إذا لم يقصد الجانى إحداث النتيجة الإجرامية، بأن كان لا يتوقعها، أو ساء تقديره بشأنها، فلم يتحول لدفعها ليحول دون بلوغها، فإن الجريمة تكون غير عمدية يتولى المشرع دون غيره بيان عناصر الخطأ التى تكونها، وهى عناصر لا يجوز افتراضها أو انتحالها، ولا نسبتها لغير من ارتكبها، ولا اعتباره مسئولا عن نتائجها إذا انفك اتصالها بالأفعال التى أتاها.

ومع ذلك فقد لوحظ أن المشرع كثيرا ما يلجأ إلى افتراض الركن المعنوى فى ضوء حيازة المتهم لأشياء معينة، أو فى ضوء وضعه المهنى. وقد رأينا موقف المشرع المصرى فى بعض التشريعات حين افترض العلم بالغش لدى المشتغلين بالتجارة (القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١)، وافترض العلم بالتهريب من مجرد حيازة بضائع بقصد الاتجار إذا لم يقدم الحائز لها المستندات الدالة على سداد الضرائب. (المادة ١٢١ من قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣). هذا الموقف الذى واجهته المحكمة الدستورية العليا حين قضت بعدم دستورية ما أقامه المشرع من قرائن تضع هذا الافتراض[١]. كما قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية افتراض الركن المعنوى فى حق رئيس التحرير (المادة ١٩٥ عقوبات)[٢].

---

(١) انظر فى عدم دستورية النص الخاص بقرينة العلم بالغش فى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١. دستورية عليا فى ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، وانظر فى عدم دستورية المادة ١٢١ من قانون الجمارك. دستورية عليا فى ٢ فبراير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية.

(٢) دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧ (العدد ٧ تابع).

ومع ذلك فقد قضى المجلس الدستورى الفرنسى بدستورية النص الذى ينص بصفة استثنائية على قرينة الإثم طالما أن هذه القرينة لا تعد أصلا عاما، وطالما احترمت حقوق الدفاع، وكانت الوقائع التى قامت عليها هذه القرينة تدل على نحو معقول على إسناد الخطأ فى حق المتهم[1]. ونحن لا نقر هذا القضاء لأنه يفترض الخطأ فى حق المتهم، الأمر الذى يعد مناقضا للأصل فى المتهم البراءة.

وننبه إلى أن اشتراط الإثم (القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى) كمحل للإرادة الحرة مما يدخل فى تكوين الجريمة تحت مسمى الركن المعنوى للجريمة. فإذا اقتصر القانون على اشتراط الركن المادى دون الركن المعنوى، اعتبر مخالفا للدستور لقيام التجريم بغير ضرورة أو تناسب. فإنكار الركن المعنوى فى الجريمة لا يتفق مع الضرورة الاجتماعية ويكشف عن عدم تناسب ظاهر مع العقوبة المقررة للفعل، فضلا عن تعرضه مع شخصية المسئولية الجنائية، باعتبار أن الجريمة هى المحرك للمسئولية، بالإضافة إلى مساسه بجوهر الحقوق والحريات التى لا يجوز انتهاكها بالتجريم[2]. ومن ناحية أخرى، إذا تطلب القانون توافر الركن المعنوى ثم أقام قرينة على توافره فى حق شخص معين، كنا حيال مسئولية مفترضة لا تتفق مع مبدأ شخصية المسئولية، فضلا عن تعارضها مع أصل البراءة دستوريا. وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن الاختصاص المقرر دستوريا للسلطة التشريعية لا يخولها افتراض توافر القصد الجنائى، وإلا كان ذلك إخلالا منها بالحدود التى تفصل بين ولايتها والمهام التى تقوم عليها السلطة القضائية، وعملا مخالفا للدستور بالتالى[3].

٨٧ـ خلاصة عامة

لا يجوز الخلط بين المسئولية عن فعل الغير والمسئولية المفترضة. فتكون المسئولية عن فعل الغير عند مساءلة الغير عن جريمة لم يسهم فى ركنها المادى، فهى مسئولية

(١) 99-411 Dc du 16 Juin 1999 (Annuaire International de justice constitutionnelle 1999, p. 626).

وعلى هذا النحو سارت محكمة حقوق الإنسان الأوروبية (CEDH,7 Oct. 1988, RSC, 1989, p. 167)

(٢) انظر فيما بعد بند ٨٩.

(٣) دستورية عليا في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٤٧ فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٩٦.

منعقدة بغير توافر الإسناد المادى . وتكون المسئولية مفترضة عند مساءلة الغير عن جريمة لم يسهم فى ركنها المعنوى من خلال إرادة حرة ، كما تكون المسئولية مفترضة كذلك عند افتراض توافر الإثم الجنائى كمحل للإرادة الحرة ، وهو ما يسمى بالركن المعنوى .

وبناء على ما تقدم يكون إنكار شخصية المسئولية فى حالتين :

(الأولى) ، إقرار المسئولية عن فعل الغير ، وتكون عند إسناد الركن المادى للجريمة لشخص غير الذى صدر عنه .

(الثانية) ، إقرار المسئولية المفترضة ، ويكون ذلك عند افتراض الإرادة الحرة الآثمة بإسناد الركن المعنوى للجريمة (القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى ، والمسمى أحيانا بالإثم الجنائى) إلى غير من توجهت إرادته نحو هذا الركن ، وكذلك الشأن عند افتراض توافر الإدراك أو التمييز لدى المسئول جنائيا ، لأن الإرادة الحرة التى يعتد بها القانون لا تتوافر إلا عن مدرك مميز .

الفصل الثـــالث

عدم جواز المساس بجوهر الحقوق والحريات

٨٨ـ المبدأ

بينا فيما تقدم أن التوازن بين الحقوق والحريات وسائر القيم الدستورية، بما فى ذلك المصلحة العامة. يجيز تجريم بعض أنواع السلوك والعقاب عليها بشرط أن يستند التجريم والعقاب على أساس من الضرورة الاجتماعية والتناسب. إلا أن هذا التدخل الجنائى لا يجوز بحسب الأصل أن يكون مدخلا للمساس بجوهر الحقوق والحريات. فالتوازن يتطلب وضع الحدود لممارستها دون أن يتطلب أو يسمح بتقييدها بما ينال من جوهرها أو محتواها.

ويدق الأمر بوجه خاص بالنسبة إلى الحقوق والحريات التى تتمتع بالحماية الدستورية، ففى هذه الحالة لا يجوز للمشرع أن ينظم ممارسة هذه الحقوق والحريات إلا بالتوازن مع غيرها من القيم الدستورية، فى حدود سلطته التقديرية ما لم يقيد الدستور هذه الممارسة بضوابط تحد من إطلاقها، تعد تخومًا لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها(١).

وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا فى قولها بأن السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق حدها قواعد الدستور، فلا يجوز تخطيها وأنه من المقرر أن الحقوق التى كفل الدستور أصلها لا يجوز تقييدها بما ينال منها، تقديرا بأن لكل حق مجالا حيويا أو دائرة منطقية يعمل فى إطارها، فلا يجوز اقتحامها، وإلا كان ذلك نقضا لفحواه، وعدوانا على نصوص الدستور ذاتها(٢).

---

(١) دستورية عليا فى ١٨ مايو سنة ١٩٩٦، القضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٤٠ ص ٦٣٧.

(٢) دستورية عليا فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٤٨) بتاريخ ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٩٧.

٨٩ـ حدود التجريم عند ممارسة الحقوق والحريات

أكدت المحكمة الدستورية العليا على أنه يجب أن تكون الأفعال التى جرمها القانون قاطعة فى بيان الحدود الضيقة لنواهيها، فلا تتداخل معها أفعال مشروعة يحميها الدستور(١). وفى هذا الإطار فإن التجريم قد يتناول الإخلال بأحد شروط استعمال الحق فى حدود الضرورة والتناسب التى سبق بيانها. ومن تطبيقات ذلك بصدد حرية الاجتماع ما قضت به محكمة التحكيم البلجيكية من أن حرية الاجتماع لا تمنع المشرع من تنظيم نشاط يمثل خطرا على المجتمع، وأن هذا التدخل التشريعى يستند إلى ضرورة حماية الأخلاق وحقوق الغير(٢).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على أنه لا يجوز فرض قيود على حرية الاجتماع من أجل تنظيمها، إلا إذا حملتها عليها خطورة المصالح التى وجهتها لتقريرها، وكان لها كذلك سند من ثقلها وخطورتها، وكان تدخلها - من خلال هذه القيود - بقدر حدة هذه المصالح ومداها(٣). كذلك أكدت على أنه لا يجوز افتراض القصد الجنائى فى حق المتهم(٤) وأكدت أن غموض النصوص العقابية عدوان على الحرية الشخصية(٥). كما أكدت تطبيقا للمادة ٦٦/ ٢ من الدستور عدم رجعية التشريعات العقابية(٦). وأكدت على أنه لا يجوز تجريم سلوك معين مما ينطوى على إخلال بحرية الإبداع التى يحميها الدستور فى المادة ٤٩ منه(٧). وكل هذه الأمثلة

---

(١) دستورية عليا فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ سالف الذكر.

(٢) انظر حكم محكمة التحكيم البلجيكية رقم ١١٣ لسنة ٢٠٠٠، Arsêt, n 113/2000 مشارا إليه فى:
Annuaire Intrnational de la Justice constitutionnalle, 2000, choniqque, p. 594, 595.

(٣) دستورية عليا فى ٣ يونية سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٢٤ فى ١٧ يونية سنة ٢٠٠٠.

(٤) دستورية عليا فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٤ فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٩٦

(٥) دستورية عليا فى ٣ يولية سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا، جـ٧، ص ٤٥.

(٦) دستورية عليا فى ٤ إبريل سنة ١٩٨٧ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا، جـ٤، ص ١٩.

(٧) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٣ فى ١٦ يناير سنة ١٩٩٧.

ليست إلا تطبيقا لمبدأ دستورى هو عدم جواز مساس التجريم بجوهر الحقوق والحريات.

وأكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى فى قولها بأن الدستور يتضمن أصلا قيما وحقوقا لها مضامين موضوعية كفل حمايتها، وحرص على أن يرد كل عدوان عليها من خلال حق التقاضى حتى يظل محتواها نقيا كاملا، فلا تفقد قيمتها أو تنحدر أهميتها، ولا تنفصل هذه القيم وتلك الحقوق عن الديمقراطية محدد معناها وفق أكثر أشكالها تطورا، ولكنها تقارنها، وتقيم أساسها، وتكفل إنقاذ مفاهيمها، بل إنها أكثر اتصالا بذاتية الفرد، وبتكامل شخصيته، وبحفظها لكرامته، فلا تكون الحرية معها شعارا، بل توهما فاعلا ومحيطا(١).

٩٠- القيمة الدستورية لأسباب الإباحة

يهدف قانون العقوبات إلى حماية المصلحة الاجتماعية، فيلجأ إلى التجريم والعقاب بناء على اعتبارات الضرورة الاجتماعية والتناسب. ولاشك فى أن المشرع الجنائى عندما يفعل ذلك يتدخل فى مناطق شائكة يمارس فيها الناس حقوقهم وحرياتهم، مما يستتبع وضع حدود لهذه الممارسة بما يتفق مع اعتبارات المصلحة العامة. إلا أن تدخل المشرع بالتجريم والعقاب لا يمكنه المساس بجوهر الحقوق والحريات فى الحدود التى رسم القانون ممارستها. وطالما كان الشخص ممارسًا لحقوقه أو حريته فى الحدود التى رسمها القانون ظل فى دائرة الإباحة دون أن تمتد إليه يد التجريم. وتفوق حماية الحقوق والحريات على اعتبارات المصلحة الاجتماعية، يرجع أساسا إلى تقيد التشريع بأحكام الدستور وإلى عدم توافر الضرورة والتناسب فى الجريم والعقاب فجميع الحقوق والحريات التى يحميها الدستور تظل فى منطقة الصدارة لا يجوز المساس بمحتواها أو جوهرها. وتنحصر دائرة المشرع بالنسبة إليها فى التنظيم ورسم الحدود ووضع الضمانات فى إطار الضرورة والتناسب الذى أسلفنا بيانه دون أن تمتد يداه إلى غير ذلك. ولهذا قلنا إن الإباحة صفة تلحق الفعل الذى يعتدى على أية مصلحة يحميها قانون العقوبات،

---

(١) دستورية عليا فى ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٣ مارس سنة ١٩٩٤، العدد (٩ تابع).

إذا كانت هذه الإباحة ترتكز على مصلحة أو قيمة أجدر بالرعاية[1].

وقد عنى الفقه الجنائى بتقسيم أسباب الإباحة إلى نوعين : أسباب عامة وأسباب خاصة، وأسباب مطلقة وأخرى نسبية. وتتوافر الأسباب العامة عندما تنتج أثرها بالنسبة إلى جميع أنواع الجرائم، كالدفاع الشرعى. أما أسباب الإباحة الخاصة فهى لا تنتج أثرها إلا بالنسبة إلى نوع معين من الجرائم، كحق الدفاع أمام المحاكم فهو لا يبيح غير الجرائم التى يقتضيها حق الدفاع كالقذف أو السب أو البلاغ الكاذب. أما الأسباب المطلقة فيستفيد منها كل شخص مهما كانت صفته، هذا بخلاف الأسباب النسبية فإنها تفترض فيمن يمارسها توافر صفة معينة مثل صفة الطبيب بالنسبة إلى حق العلاج، وصفة الموظف العام بالنسبة إلى الحقوق التى يمارسها الموظف العام.

ولما كانت أسباب الإباحة تستند إلى ممارسة الحقوق والحريات التى حددها الدستور، فإنها تعطل سلطة التجريم فى حدود هذه الممارسة، ولا يعد الفعل جريمة عند ممارسته فى الحدود المقررة له قانونا. هذا بخلاف الحال بالنسبة إلى موانع المسئولية فإنها لا ترتد إلى ممارسة أى حق أو حرية دستورية، بل ترجع إلى عوامل تؤثر فى إدراك الشخص أو تمييزه مما يؤثر فى إرادته الشخصية كشرط فى المسئولية الجنائية.

وهناك علاقة وثيقة بين التجريم والإباحة، فإذا كان التجريم يقوم على التوازن بين الحقوق والحريات من خلال التناسب بينهما، فإن الإباحة كذلك تقوم على هذا التوازن القائم على التناسب، فمن الصعب النظر إلى الحقوق والحريات المحمية بالتجريم بعيدا عن سائر الحقوق والحريات التى يحميها القانون. فقد تتنازع المصالح الناجمة عنها على نحو يحتم التضحية بإحداها فى سبيل حماية الأخرى، مما يستتبع إباحة المساس بالمصلحة المضحى بها من أجل المصلحة الأخرى الأجدر بالحماية. وبالتالى، فإن السلوك الإنسانى قد يعد مشروعا و غير مشروع فى آن واحد، فهو غير مشروع بالنسبة إلى المصلحة المحمية بالتجريم والتى كانت محلا للاعتداء، ومشروع بالنسبة إلى المصلحة الأجدر بالحماية فى نظر القانون، فيتغلب جانب المشروعية على جانب عدم المشروعية.

وهكذا يتضح أن عدم المشروعية وصف يلحق الفعل الذى يعتدى على مصلحة (حق أو حرية) يحميها القانون، وأن الإباحة وصف يلحق الفعل الذى يمس هذه

---

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، طبعة ١٩٩٦، ص ١٧١ و ١٧٤ و ١٧٥.

المصلحة إذا كان هذا الفعل يستهدف حماية مصلحة أخرى أجدر بالحماية(١). ولا يترك للأفراد حسب مشيئتهم تقدير المفاضلة بين المصالح المحمية المنازعة، وإنما يتولى القانون ذاته هذا التقدير توخيا لتحقيق الأمن القانونى الذى يستهدف الاستقرار. وقد رأى البعض أن الإباحة تستند إلى الوسائل الملائمة لتحقيق هدف معين(٢)، إلا أننا نرى أن هذه الوسائل هى بذاتها التى تحقق التناسب الذى يتوخى التوازن بين المصالح (الحقوق والحريات) المتنازعة.

وإذا نظرنا إلى التشريع المصرى نجد أن أسباب الإباحة العامة ترتد إلى استعمال الحق وأداء الواجب والدفاع الشرعى، مع وجود خلاف حول الطبيعة القانونية لحالة الضرورة.

ولا مراء فى أن السبب الأول وهو استعمال الحق يعد من أسباب الإباحة، سواء كان الحق مستمدا من الدستور نفسه أو من التشريع أو من اللائحة. فإن النظام القانونى يتأبى على التناقض والتنافر. ومن أمثلة استعمال الحق المبنى على الدستور ما نصت عليه المادة ٩٨ من الدستور من أنه لا يؤاخذ أعضاء مجلس الشعب عما يبدونه من الأفكار والآراء فى أداء أعمالهم فى المجلس أو فى لجانه.

ويستوى فى ذلك أن يكون استعمال الحق مبنيا على نص القانون مباشرة أو على اللائحة طالما كانت فى حدود القانون(٣). ولما كان نصوص القوانين متكاملة متساندة فقد يخول القانون حقا فى مباشرة سلوك معين يعده قانون العقوبات جريمة، مثل الحق فى القبض أو الحبس الاحتياطى أو التفتيش الذى يمنحه القانون لسلطة الضبط القضائى أو لسلطة التحقيق فى حدود معينة.

وبالنسبة إلى أداء الواجب من الموظف العام على النحو الذى حددته المادة ٦٣ من قانون العقوبات، فإنه لا يعد سببا مستقلا للإباحة. فإذا كان الموظف العام يؤدى واجبه بناء على نص القانون مباشرة استندت الإباحة إلى استعمال الحق بناء على

---

(١) انظر مؤلفنا، الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، طبعة ١٩٩٦، ص ١٠٣.

(٢) انظر: Georg Fletcger, Rethinking, Criminal law, fittle Brawn and company (Canda), 19787 p. 782.

(٣) ولا يبرر الحق المنصوص عليه فى اللائحة مخالفة الأوامر المنصوص عليها فى القانون. ويجوز للقانون أن يسند للائحة تحديد شروط ممارسة الحق الذى يقرره، وقد يكون العرف مصدرا لاستعمال الحق إذا ما أحال إليه نص القانون.

أمر القانون، وإن كان يؤدى واجبه بناء على أمر الرئيس المطابق للقانون، استندت الإباحة كذلك إلى استعمال الحق بناء على أمر القانون. والواقع أن أهمية المادة ٦٣ عقوبات لا ترجع إلى تقرير إباحة أداء الموظف العام لواجبه طبقا للقانون، وإنما ترجع إلى ما قررته بشأن أثر الغلط فى الإباحة حين يرتكب الفعل تنفيذا لأمر غير مشروع صادر إليه من رئيسه معتقدا بصحة هذا الأمر. ففى هذه الحالة لا تثبت صفة الإباحة لعمل الموظف العام ويندرج فعله تحت طائل التجريم، وتتحدد مسئوليته فى ضوء مدى توافر الركن المعنوى لديه فى ضوء مدى اعتقاده بصحة هذا الأمر ومحل هذا الاعتقاد(١).

أما عن الدفاع الشرعى، فقد اختلف الفقه فى تحديد أساس مشروعيته، فمن قائل بعدم توافر حرية المدافع فى الاختيار(٢)، ومن قائل بترتيب الدفاع الشرعى على أساس العدالة، ومن قائل بأن الدفاع الشرعى يأتى حماية لمصلحة جديرة بالرعاية تتفق مع أهداف النظام القانونى هى مصلحة المعتدى عليه(٣).

وواقع الأمر أن حق الدفاع الشرعى وثيق الصلة بالحق أو الحرية محل الحماية؛ فإن كان الدفاع الشرعى دفاعا عن الحق فى الحياة أو الحق فى سلامة الجسم، أو الحرية الشخصية أو الحق فى الملكية، كان وثيق الصلة بالحق أو الحرية محل الحماية، بالنظر إلى أن حماية هذه الحقوق أو الحريات تتطلب عدم وضع قيد يعرضها للضياع ويهدد جوهرها ومحتواها بالفقدان. وشريطة كل ذلك أن يتم الدفاع عن هذه الحقوق والحريات فى الحدود التى يرسمها القانون، والتى حددها قانون العقوبات فى شروط الدفاع الشرعى. ويلاحظ أن المشرع فى تحديده لهذه الشروط التزم بذات الضابط الذى أجاز فيه التجريم وهو الضرورة والتناسب؛ فأحاط الدفاع الشرعى بشرطين هما اللزوم (أى الضرورة) والتناسب. فإذا ما توافر اللزوم (أى الضرورة) والتناسب فى استعمال الحق أو الحرية؛ ظل صاحبه فى مأمن من أن تمتد إليه يد التجريم أو العقاب، لأنه مع قيام ضرورة الدفاع وتناسبه لا قيام لضرورة التجريم والعقاب وتناسبه. وقد قضت المحكمة الدستورية فى بلغاريا بأنه

---

(١) انظر مؤلفنا قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص ٢٠٠-٢٠٣.

(٢) Fréderic Despotes, Francis Le Gunehec, op. cit., p. 644.

(٣) انظر هذا الجدل فى المرجع السابق، ص ٢٠٥ و٢٠٦.

عندما يتنافس حقان يحميهما الدستور، حق المدافع فى حرمة المسكن وحق المعتدى فى الحياة، فإنه لا يمكن أن يتفوق حق المعتدى على حق المدافع[١].

ولما كانت مصلحة الدافع التى يحميها القانون أولى بالحماية من مصلحة المدافع، كان هذا التناسب أساسا يلجأ إليه المشرع لتقرير الإباحة التى تنفى التجريم.

ويلاحظ أن قانون العقوبات فى المادة ٢٤٨ عقوبات لم يبح حق الدفاع الشرعى لمقاومة أحد مأمورى الضبط فى أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف أسباب معقولة. ويثير هذا النص شبهة عدم الدستورية فيما يتعلق بمبدأ المساواة أمام القانون. ذلك أن مأمور الضبط قد يبدو فى وضع أكثر تفوقا من الأشخاص العاديين، وخاصة أن يحول دون استعمال حق الدفاع الشرعى إذا كان هذا المأمور حسن النية إلا بشروط معينة. إلا أن هذه الشبهة تنتفى لسببين: (أولهما)، أن المشرع يمكن أن يخرج عن المساواة فى المعاملة لاعتبارات المصلحة العامة بما يتفق مع أهداف القانون[٢]. ولاشك فى أن اعتبارات المحافظة على الأمن والنظام تتطلب عدم إعطاء الأفراد سلطة البحث فى نوايا مأمورى الضبط ومعتقداتهم ما لم يكن عدم المشروعية واضحا لا لبس فيه، مما ينفى صفة المشروعية الظاهرة عن أعمال مأمورى الضبط فى هذه الحالة. وهذه المصلحة العامة تتفق مع أهداف قانون العقوبات التى ترمى إلى حماية المصلحة الاجتماعية والاستقرار. (ثانيهما)، أن حق الدفاع الشرعى لم يتأثر جوهره ومحتواه بمقتضى هذا الاستثناء، فما زال باقيا إذا تعرضت حياة المدافع أو صحته لخطر بالغ. هذا فضلا عن أنه طبقا للقواعد العامة، إذا كان عمل مأمور الضبط القضائى ظاهر البطلان سقطت عنه قرينة المشروعية مما يجعل الدفاع الشرعى جائزا وفقا للشروط

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى بلغاريا الصادر فى ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٧٩ فى القضية رقم ١٢ لسنة ١٩٩٧، الجريدة الرسمية العدد (٨٩) فى ٧ أكتوبر سنة ١٩٩٧.

Bulletin de jurisprudence constitutionnelle, conseil de l'Europe 1997, op. cit., p. 379.

(٢) Ferdinand Mélin - Soucramanien; le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, op. cit., p 191.

فلا يجوز أن يزيد هذا الخروج عن المساواة عما هو ضرورى لتحقيق الهدف من القانون (محكمة التحكيم البلجيكية فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٩٢، (القضية رقم ٧٤-٩٢).

CACC Puf - Bulletin No.1, Sep. 1998, p. 31.

التى تحددها القواعد العامة. ويتضح هذا المعنى مما اشترطته المادة ٢٤٨ عقوبات من وجوب أن يكون أداء مأمور الضبط القضائى لعمله «مع حسن نية»[١]، ولو تخطى حدود وظيفته، فإذا كان الظاهر يكشف سوء النية انتفت المشروعية الظاهرة لعمل مأمور الضبط القضائى. على أننا نقف أمام حق الدفاع الشرعى الممنوح لغير صاحب الحق أو الحرية والذى نص عليه قانون العقوبات، إذا لم يشترط القانون فى المدافع أن يكون صاحب الحق أو الحرية التى يحميها القانون، بل اكتفى أن يكون من الغير. وهذا الذى نص عليه القانون يعد ضمانا تشريعيا لحماية الحقوق والحريات التى يحميها الدستور، أى يحوز قوة تشريعية تدخل فى إطار السلطة التقديرية للمشرع، ولا ينال قيمة دستورية فى حد ذاته.

وإذا نظرنا إلى حالة الضرورة، نجد أنها لا تصدر عن صاحب حق أو حرية يحميها الدستور، إذ تتوافر هذه الحالة عندما يجد الإنسان نفسه أو غيره مهددا بضرر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره، فيضطر إلى ارتكاب جريمة لوقاية نفسه أو غيره من هذا الخطر فتكون مصلحته هى الجديرة بالحماية فى نظر القانون. وقد تنازع حالة الضرورة اتجاهان، أحدهما يعتبرها من موانع المسئولية، والآخر يعتبرها من أسباب الإباحة ـ وقد أخذ بهذا الاتجاه الأخير[٢] الفقه الفرنسى واعتنقته محكمة النقض الفرنسية[٣] اعتبارا من الخمسينيات، ثم أخذ به قانون العقوبات الفرنسى الجديد سنة ١٩٩٤ الذى جمع بين أسباب الإباحة وموانع المسئولية تحت مسمى واحد هو موانع المسئولية الجنائية[٤]، واعتبر أسباب الإباحة من موانع المسئولية الموضوعية (المعادلة لأسباب الإباحة).

وواقع الأمر، إذا نظرنا إلى شروط توافر الفعل الضرورى نجد أنها تمثل موقفا

---

(١) قضت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فى ٩ أكتوبر سنة ١٩٩٧ بأن استخدام رجل الضبط القوة لإنقاذ حياة المجنى عليه والتجائه إلى القتل بحسن نية، إذا كان القتل ضروريا لتحقيق هذا الإنقاذ يعد أمرا مباحا. Bulletin, op. cit , p. 490.

(٢) انظر مؤلفنا فى قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق. وقد انتصرنا لهذا الاتجاه. انظر ص ٢٤٣ وما بعدها.

(٣) انظر بوجه خاص: Crim. 28 Juin 1958, D. 1958, 698, note M.R.M.P.

(٤) انظر الدكتور محمد أبو العلا عقيدة؛ الاتجاهات الحديثة فى قانون العقوبات الفرنسى الجديد، المرجع السابق ص ٥٧ وما بعدها.

Crim. 18 Juin 1958, Bull. No.471; 25 Juin 1958 D 1958.693; 27 Déc. 1961, J.C.P 1960. 2. 12652.

يتعارض مع أساس التجريم والعقاب وهو الضرورة والتناسب، لأن الفعل الذى يرتكبه الجانى فى حالة الضرورة ينقذ بها حياة أو مال شخص دفعا لخطر جسيم، ويكون هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق هذا الهدف من بين الأفعال الممكن ارتكابها، يتحقق به تناسب مقبول بين المصلحة المراد حمايتها والمصلحة المضحى بها. فى هذه الحالة التى اعترف بها قانون العقوبات (المادة ٦١) تكون الجريمة من الناحية الاجتماعية مقبولة(١)، لأن الضرورة والتناسب كانا لتبرير الفعل مما ينفى بداهة أساس تجريمه. فإذا كان التضامن الاجتماعى قد أباح جريمة ضرورة، فإنه لا يمكن أن يبرر العقاب عليها.

ولما كانت مصلحة المدافع التى يحميها القانون أولى من مصلحة المضطر، كان هذا التناسب الذى يلجأ إليه المشرع لتقرير الإباحة. ولا شك فى أن التناسب المبرر للإباحة ينفى فى ذات الوقت التناسب المبرر للتجريم. وبالتالى فإن أساس إباحة الضرورة ليس هو الحق الذى يحميه الدستور أو القانون، كما هو الشأن فى استعمال الحق و«أداء الواجب»، والدفاع الشرعى، وإنما لانتفاء الضرورة التى توجب التجريم، الأمر الذى يؤدى إلى العودة إلى الأصل العام وهو الإباحة. ولا محل للقول بامتناع المسئولية على أساس انعدام الإرادة، لأن المضطر يصدر عنه الفعل عن إرادة حرة، وخاصة إذا كان من الغير(٢).

٩١- الحصانة البرلمانية الموضوعية

يتمتع أعضاء البرلمان بالحصانة البرلمانية الموضوعية عما يبدونه من آراء وأفكار فى أداء أعمالهم داخل المجلس، استنادا إلى حق مقرر بمقتضى الدستور (المادتين ٩٨، ٢٠٥). وتتميز هذه الحصانة عن الحصانة الإجرائية المنصوص عليها فى المادتين ٩٩، ٢٠٥ من الدستور والتى تتمثل فى عدم جواز اتخاذ أية إجراءات جنائية ضد

---

(١) انظر فى قضاء محكمة النقض الفرنسية الذى اعتبر حالة الضرورة من أسباب الإباحة.
Crim. 18 Juin 1958, Bull No.471; 25 Juin 1958 D.1958 693; 27 Déc. 1961, J.C.P. 1960. 2. 12652.

(٢) أجاز كل من القانون المصرى والقانون الفرنسى تعويض المضرور من الجريمة بوصف أن جريمة الضرورة تقع على شخص برىء، اعتمادا على «الإثراء بغير سبب» الذى جناه مرتكب الجريمة فى حالة الضرورة.

عضو مجلس الشعب (أو مجلس الشورى) إلا بإذن سابق من المجلس، وفي غير دور انعقاد المجلس يتعين أخذ رأى رئيس المجلس. فهذا النوع الأخير من الحصانة هو مجرد قيد إجرائي على السلطة القضائية في اتخاذ الإجراءات الجنائية، دون أن يخول عضو البرلمان حقا يبيح له القيام بأعمال معينة.

وأساس الحصانة البرلمانية الموضوعية أن السيادة للشعب وحده ويمارسها على الوجه المبين في الدستور. ومن صور هذه الممارسة ما يتولاه مجلس الشعب ـ من خلال أعضائه ـ من سلطات نص عليها الدستور (المادة ٨٦ وما بعدها)، فعضو مجلس الشعب لا يعبر عن رأيه أو عن رأى دائرته الانتخابية، وإنما يعبر عن رأى الشعب كله. ولهذا قيل بأن الحصانة البرلمانية تعتمد على أن الأمة نفسها تعبر عن نفسها من خلال أصوات وآراء ممثليها[1]. وتسمح هذه الحصانة لعضو البرلمان بحرية التعبير عن الإرادة الوطنية. ولهذه الحصانة صفة مطلقة، فهي إذ تعد سببا من أسباب الإباحة تحجب المسئولية المدنية كذلك.

وقد أخذت هذه الحصانة طريقها منذ عهد الثورة الفرنسية بناء على اقتراح ميرابو في اجتماع الجمعية التأسيسية في ٢٣ يونية سنة ١٧٨٩، وعبر عنها بعد ذلك الدستور الفرنسي منذ ٣ سبتمبر سنة ١٧٩١. وقد عثر على جذور هذه الفكرة في عهد الحقوق Bill of rights في انجلترا في القرن السابع عشر. وتعد الآن من ضمانات حسن سير النظام البرلماني. ولهذا تعد من النظام العام، مما لا يجوز معه التنازل عنها.

وتتحدد هذه الحصانة البرلمانية الموضوعية في الآراء والأفكار التي يؤديها عضو مجلس الشعب في المجلس أو في لجانه في أثناء أداء عمله، فتغطى كل الأعمال البرلمانية، من خطاب أو تصويت أو اقتراحات بقوانين أو أسئلة أو طلبات إحاطة أو استجوابات أو اقتراحات أو طلبات بمناقشة عامة أو طلبات بتشكيل لجان لتقصى الحقائق، وغير ذلك من ممارسات لمختلف أدوات الرقابة البرلمانية. فلا تمتد إلى ما يصدر من العضو ولو في المجلس أو في لجانه خارج نطاق ممارسته وظيفته البرلمانية، كما لا تمتد إلى أفعاله المادية ولو كانت في أثناء أدائه البرلماني، ولا تكون هذه

---

(١) Marc Verdussen, op. cit , p. 596.

الحصانة إلا عندما يعبر عضو المجلس عن آرائه وأفكاره داخل الجلسة العامة للمجلس أو داخل لجانه أو داخل اجتماع مكتب المجلس، وسواء من خلال وظيفة التشريع أو الرقابة، وسواء عند نظر السياسة العامة للدولة أو برنامج الحكومة، أو الخطة والموازنة، أو غير ذلك من الاختصاصات التى يتولاها المجلس طبقا للدستور واللائحة.

وقضى بأن عضو البرلمان الذى يشترك فى أحد اجتماعات هيئة البرلمانية السياسية للمجلس لا يعد ممارسا لوظيفته البرلمانية ومن ثم لا يستفيد من الحصانة البرلمانية الموضوعية، وذلك باعتبار أن هذه الحصانة تغطى العمل البرلمانى وليس العمل الحزبى(١). وقد انتقد البعض هذا الحكم على أساس أن الهيئات البرلمانية السياسية تعد أجهزة لا غنى عنها لحسن سير البرلمانات(٢). وقد أكد المجلس الدستورى الفرنسى أن عضو البرلمان لا يتمتع بالحصانة البرلمانية عما يبديه من أفكار خارج ممارسة وظائفه البرلمانية(٣).

وقد أكدت المحكمة الدستورية الإيطالية على أن حصانة عضو البرلمان عما يبديه من آراء وأقوال لا تتوافر إلا إذا توافرت علاقة وظيفية lien fonctionnel لهذه الآراء والأقوال. وبناء على ذلك لا تمتد هذه الحصانة إلى ما يبديه من هذه الآراء والأقوال خارج أدائه الوظيفى فى البرلمان ولو كان ذلك فى أثناء ممارسة نشاطه السياسى، أو لو كانت هذه الآراء والأقوال ليست إلا ترديدا لما سبق أن قاله داخل البرلمان، هذا دون إخلال بتمتع عضو البرلمان بالإباحة على أساس حق النقد إذا توافرت شروطه(٤).

ويترتب على عدم جواز مساءلة العضو عن آرائه فى المجلس عدم انعقاد أية مسئولية مدنية على المجلس عن أى قرار يصدره، باعتبار أن هذا القرار ليس إلا ثمرة

---

(١) محكمة بروكسل المدنية فى ٦ يولية سنة ١٩٣٧ مشارا إليه فى مؤلف Marc Verdussen, p. 594. هذا دون إخلال بتمتعه بالحصانة الإجرائية.

(٢) انظر هذا الرأى مشارا إليه فى مؤلف Marc Verdussen, p. 594

(٣) 89-262 Déasian du 7 novembre 1989, Recueil de juris. corst., p. 373.

(٤) انظر حكمين صادرين فى ١٧ يناير سنة ٢٠٠٠ مشارا إليهما فى:
Annuaire Intrnational de la Justice constitutionnallc, 2000, chonique, p. 762 et's.

الآراء المحصنة لأعضائه والتى تشمل التصويت، فضلا عما تتمتع به السلطة التشريعية من استقلال. وبناء على ذلك، فلا يجوز الحكم على المجلس بالتعويض عن أى قرار يصدره بحجة انطوائه على خطأ مدنى، لما فى ذلك من مساس بالحصانة الموضوعية لأعضاء المجلس، فضلا عن مساسه باستقلال السلطة التشريعية. والحكم بغير ذلك يخالف الدستور(١).

٩٢ـ العقوبات التى لا تتفق مع المبدأ

وتطبيقا للمبدأ المتقدم، قضت المحكمة الدستورية العليا فى حكمها المذكور بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التى تحظر احتجاز الشخص فى البلد الواحد أكثر من مسكن دون مقتض، وسقوط المادة ٧٦ من هذا القانون التى تفرض جزاء جنائيا فى شأن من يخالفون هذا الحظر. وقد أسست المحكمة الدستورية هذا القضاء على مساس التشريع بمجموعة من الحقوق والحريات التى كفلها الدستور، وهى حرية التعاقد بوصفها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية ووثيقة الصلة بالحق فى الملكية، وبالحق فى الملكية الخاصة، وبحرية الانتقال غدوا ورواحا بما تشتمل عليه من حق مغادرة الإقليم(٢). وعدم جواز إبعاد المواطن عن بلده، وحق المواطن فى الهجرة الدائمة أو الموقوتة، والحق فى الحياة الخاصة. وأضافت المحكمة الدستورية العليا بأن نص المشرع على إنهاء العمل بالعقود التى تم إبرامها بالمخالفة لمضمونه، يعد أخذا للملكية من أصحابها بغير اتباع الوسائل القانونية السليمة، بعد أن فقد أصحابها سند ملكيتهم بمقتضى قاعدة آمرة لا يملكون منها فكاكا.

وتأكيدا لذات المبدأ، قضت المحكمة الدستورية العليا بأن النص على عدم رد البضائع المضبوطة إلى أصحابها وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة ١٢٤ مكررا من القانون الجمركى، يعنى أن تحل الدولة محلهم فى ملكيتها، وفى أن تؤول هذه

---

(١) انظر مناقشات أعضاء مجلس الشعب فى مضبطة الجلسة التاسعة والخمسين فى ١٠ إبريل سنة ٢٠٠٠، ص ص ٤١-٤٣. وقارن نقض مدنى فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٨٣، الطعن ٥٣٨ لسنة ٤٦ قضائية، مجموعة الأحكام، س ٣٤، ص ٥٦١.

(١) أوردت المحكمة الدستورية العليا فى أسباب حكمها السالف الإشارة إليه بأنه يجوز للمشرع أن يتدخل لموازنة حرية الانتقال بمصلحة يقتضيها الأمن القومى.

البضائع إليها بلا مقابل، وهو ما يفيد مصادرتها وجوبا بقوة القانون، وأن هذه المصادرة التى حتمها المشرع - كأثر للتصالح فيما بين الممولين والجهة الإدارية المعنية - لا تعد تدبيرا احترازيا متصلا بأشياء تكمن فيها خطورة إجرامية مردها أن استعمالها أو صنعها أو حيازتها أو بيعها أو عرضها للبيع، يعد جريمة فى ذاته، ومن ثم، فانعدام ردها إلى أصحابها بعد ضبطها يعد عقوبة عينية ترد على أموال بذاتها مما كان ينبغى معه أن يصدر بها حكم قضائى[1].

وواضح من هذا الحكم الأخير أن المحكمة الدستورية العليا لم تجز المساس بحق الملكية بما يصل إلى مصادرتها أى القضاء عليها؛ إلا بحكم قضائى وذلك إعمالا لنص الدستور الذى أجاز المصادرة الخاصة بحكم قضائى (المادة ٣٦ من الدستور).

٩٣ـ عقوبات تستمد حدود مشروعيتها من الدستور

وهنا تجب الإشارة إلى أن خطر المساس بجوهر الحقوق والحريات فى مجال التوازن بينها وبين سائر الحقوق الدستورية، يتم فى حدود الدستور. فإذا أجاز الدستور المساس بجوهر الحق أو الحرية بشروط معينة، فإن المشرع يجوز له أن يضع شروطها وضماناتها طبقا للدستور. مثال ذلك فى الدستور المصرى، الحق فى الحياة، والحرية الشخصية. فبالنسبة للحق فى الحياة، أجاز قانون العقوبات الحكم بالإعدام مما يعد مساسا بجوهر الحق فى الحياة. إلا أن هذا المساس يستمد أصوله من الدستور ذاته الذى نص فى مادته الثانية على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع. فوفقا للشريعة الإسلامية يجوز توقيع عقوبة الإعدام فى كل من جرائم الحدود والقصاص والتعزير. ولهذا نجد أن المادة ٣٨١/ ١ من قانون الإجراءات الجنائية لا تجيز لمحكمة الجنايات أن تصدر حكمها بالإعدام إلا إذا أرسلت الأوراق إلى مفتى الجمهورية، فإذا لم يصل رأيه إلى المحكمة خلال العشرة الأيام التالية لإرسال الأوراق إليه حكمت فى الدعوى. ولا شك فى أن وجوب أخذ رأى مفتى الديار المصرية فى هذه الحالة هو لإبداء رأيه فى نطاق أحكام الشريعة الإسلامية التى تعتبر مبادئها مصدرا رئيسيا للتشريع، طبقا للدستور. هذا وقد تولى

---

(١) دستورية عليا فى ٤ مايو سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٣٤ ص ٥٧٤.

التشريع المصرى وضع الضمانات لسلطة المحكمة فى توقيع عقوبة الإعدام، فاشترط إجماع آراء أعضاء المحكمة عند الحكم بهذه العقوبة (المادة ٣٨١/ ٢ إجراءات)، وأوجب على النيابة العامة عند الحكم بالإعدام حضوريا أن تعرض القضية على محكمة النقض للتحقق من صحة تطبيق القانون، وذلك فى خلال أربعين يوما من تاريخ صدور الحكم (المادة ٤٦ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن بالنقض). وبجانب ذلك، نص القانون على ضمانات عند تنفيذ عقوبة الإعدام تتمثل فى المواد ٤٤٧ و ٤٧٠ و ٤٧١ و ٤٧٢ و ٤٧٤ و ٤٧٥ من قانون الإجراءات الجنائية[1].

وخلافا لذلك عنيت بعض الدساتير بحظر توقيع عقوبة الإعدام، مثال ذلك: الدستور الأسبانى (المادة ١٥)، والدستور السويدى (المادة ٤)، والدستور الفنلندى (المادة ٦/ ٢)، والدستور البرتغالى (المادة ٢٤/ ٢). وعنيت بعض الدساتير بالجمع بين مبدأ حظر عقوبة الإعدام والسماح بها فى جرائم معينة، مثال ذلك: الدستور الإيطالى، فقد حظر عقوبة الإعدام عدا الأحوال المقررة فى التشريعات العسكرية فى زمن الحرب (المادة ٢٧/ ٤). وذهب نوع آخر من الدساتير إلى حظر عقوبة الإعدام فى نوع معين من الجرائم، مثال ذلك الدستور اليونانى، فقد حظر عقوبة الإعدام فى الجرائم السياسية ما لم تكن من الجرائم المركبة.

وبالنسبة للحرية الشخصية، فإن الشبهة قد تثور بشأن العقوبات السالبة للحرية، وخاصة عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة. إلا أن هذه الشبهة لا محل لها باعتبار أن نصوص الدستور متكاملة متساندة. فقد نصت المادة ٤٢/ ١ من الدستور على الضمانات التى يجب أن يتمتع بها كل من يحبس أو تقيد حريته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان مع عدم جواز إيذائه بدنيا أو معنويا. وقد حددت قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين الضمانات التى يجب أن يتمتع بها المسجونون التى أصدرتها الأمم المتحدة، والتى تمثل فى حد ذاتها الحد الأدنى للضمانات التى يجب أن تأخذ بها الدول الديمقراطية[2]. وواقع الأمر، أن إيلام المحكوم عليه بالعقوبة السالبة للحرية

---

(١) انظر مؤلفنا «الوسيط فى قانون العقوبات» القسم العام، ط ١٩٩٦، ص ٥٧٢، ٥٧٥.

(٢) قصت المادة ٦٥ من هذه القواعد على أنه يجب أن تشجع معاملة المسجونين واحترامهم لأنفسهم وأن تنمى فيهم الشعور بالمسئولية.

لا يجوز أن يتخطى الحد الأدنى لحقوق الإنسان؛ فإذا حرم السجين من حقوقه الإنسانية، فإنه سوف يتجرد تماما من الوسائل التى يحتاج إليها من أجل تنمية شخصيته مما يفقده إمكانات الحياة الشريفة داخل المجتمع. فإيلام المحكوم عليه لا يمكن أن يتحول إلى امتهان لكرامته و تعذيب لآدميته، وإنما هو مجرد وسيلة لإصلاح المجرم وإعادته إلى حظيرة المجتمع. ولذلك، كان طبيعيا أن تأخذ كثير من الدول الديمقراطية بنظام الإشراف القضائى على التنفيذ، باعتبار أن القاضى هو الحارس الطبيعى للحريات. وفى مصر تقوم النيابة العامة بوصفها شعبة من السلطة القضائية بالإشراف على التنفيذ. على أن محكمة الأحداث نفسها تتولى الإشراف على تنفيذ الأحكام الصادرة على المتهمين الأطفال فى دائرة محكمته، تطبيقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها فى قانون الطفل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦.

وقد ثار البحث بالنسبة إلى عقوبة الموت المدنى "La mort civile" والتى تتمثل فى حرمان المحكوم عليه من الحقوق المدنية والسياسية. وترجع هذه العقوبة إلى العصر الرومانى، وعرفت كعقوبة تبعية لعقوبة النفى أو الإبعاد "bannissement". وقد تعرضت هذه العقوبة فى أوائل القرن التاسع عشر لانتقادات شديدة لدى رجال القانون والفلاسفة. وقد عنيت بعض الدساتير بإلغاء هذه العقوبة صراحة، مثال ذلك الدستور البلجيكى (المادة ١٨).

٩٤- عقوبات لا تتفق مع نص صريح فى الدستور

قد ينص الدستور صراحة على حظر عقوبات معينة، مثال ذلك عقوبة الإعدام فى بعض الدساتير كما أوردنا فيما تقدم. وقد حرم الدستور المصرى المصادرة العامة للأموال (المادة ٣٦) لما لها من آثارة ضارة على الشخص وأسرته، الأمر الذى يصيب الحق فى الملكية فيعدمه إعداما. ومن أمثلة ذلك أيضا الدستور البلجيكى (المادة ١٧)، والدستور اليونانى (المادة ٧/ ٣).

الفصل الرابع

شخصية العقوبة وتناسبها

٩٥- ارتباط شخصية العقوبة بكل من شخصية المسئولية، وتأسيس العقاب على الضرورة والتناسب

ترتبط شخصية العقوبة تمام الارتباط بمبدأين مهمين: شخصية المسئولية الجنائية، وتأسيس التجريم والعقاب على الضرورة والتناسب. وبالنسبة للمبدأ الأو- وهو شخصية المسئولية الجنائية- فإن العقوبة هى جزاء المسئولية، ومن ثم لا توقع إلا على من يعد قانونا مسئولا عن مقارفتها، فى ضوء دوره فى الجريمة، ونواياه الإجرامية، وما نجم عنها من ضرر، فلا يكون جزاء الجناة عن جريمتهم إلا موافقا لخياراتهم[1].

ويسرى هذا المبدأ على كل جزاء يتخذ شكل العقوبة، ولو عهد به المشرع إلى جهة غير قضائية، كما هى الحال فى الجزاءات الإدارية التى تفرضها جهة الإدارة[2].

وتتجلى شخصية العقوبة من خلال كل من النص التشريعى، والتطبيق القضائى. ففى النص التشريعى الذى يحدد التجريم والعقاب، يجب أن يكون واضحا أن العقوبة هى جزاء من اعتبر مسئولا عن ارتكاب الجريمة؛ فلا تضامن فى العقوبات ولا مسئولية عن فعل الغير.

ويلاحظ أن المادة ٢٨ مكررا «د» من قانون الإجراءات الجنائية المصرى قد نصت فى فقرتها الثانية على أنه فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد ١١٢ و١١٣/ ١ و٢ و٤ و١١٣ مكررا فقرة أولى و١١٤ و١١٥ من قانون العقوبات، على المحكمة أن

---

(١) دستورية عليا فى ٣ أغسطس سنة ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٨ قاعدة رقم ٣ ص ٦٧.

(٢) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ القضية رقم ٤٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٨) فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨، دستورية عليا فى ٩ مايو سنة ١٩٨٨ القضية رقم ٦٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

تأمر بالرد فى مواجهة الورثة والموصى لهم وكل من أفاد فائدة جدية من الجريمة ليكون الحكم بالرد نافذا فى أموال كل منهم بقدر ما استفاد. وفى هذه الحالة لا يوجد إخلال بشخصية العقوبة على أساس أن الأموال غير المشروعة التى استفاد منها الورثة أو الموصى لهم أو غيرهم بسبب الجريمة لا تؤول إليهم وإنما تظل محملة بحق الدولة ويكون لها حق التتبع على هذه الأموال قبل الورثة والموصى لهم والمستفيدين بها. وبالتالى فإن الرد لا يرد على الملكية الخاصة لهؤلاء، مما تنتفى معه شبهة العقوبة بالنسبة إليهم.

وبالنسبة للمبدأ الثانى فإن شخصية العقوبة ترتبط بالفعل الذى أتاه الجانى فى إطار ضابط الضرورة والتناسب، وتسمى أحيانا بالتفريد التشريعى. وقد قضت المحكمة الإيطالية تطبيقا لمبدأ شخصية العقوبة عدم جواز تحميل ورثة المتهم بالمصروفات القضائية على أساس أن الالتزام برد هذه المصروفات لا تحكمه مبادئ المسئولية المدنية ولكنه جزاء اقتصادى تبعى للعقوبة يجب أن يحتفظ بطابعه الشخصى[1]. وفى هذا الشأن قالت المحكمة الدستورية العليا بأن شخصية العقوبة وتناسبها مع الجريمة محلها مرتبطتان بمن يكون قانونا مسئولا عن ارتكابها، وما نجم عنها من ضرر[2].

ومن ناحية أخرى، تأخذ شخصية العقوبة من خلال التطبيق القضائى بعدا إضافيا هو شخصية المجرم، يرتبط بالأهداف النهائية التى يراد تحقيقها من وراء توقيع العقاب، لا مجرد النص عليه. ومن خلال هذه الشخصية يتحدد المركز القانونى للمتهم، وبقدر تحديد هذا المركز القانونى يمارس القاضى سلطته التقديرية. وتسمى شخصية العقوبة فى مرحلة التطبيق القضائى بالتفريد القضائى الذى يتحدد فى ضوء المركز القانونى للمتهم وفى ضوء شخصيته الإجرامية التى يستخلصها القاضى.

فما القيمة الدستورية لتفريد العقوبة؟

---

(١) دستورية إيطالية فى ٦ إبريل سنة ١٩٩٨ مشار إليه فى:
Annuaire International de la justice constitutionnalle, 1998, p. 869.

(٢) دستورية عليا فى ٣ أغسطس سنة ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٨ قاعدة رقم ٣ ص ٦٧.

٩٦- القيمة الدستورية لتفريد العقوبة

استقر قضاء المحكمة الدستورية على عدم دستورية النصوص التشريعية بمنع الحكم بوقف التنفيذ عقوباً الغرامة، استنادا إلى اعتبارات تتعلق بالتفريد القضائى[(١)].

وتستند القيمة الدستورية لتفريد العقوبة على مجموعة من الأسس الدستورية تتمثل فى مبدأ تناسب العقوبة ومبدأ استقلال القضاء ومبدأ المساواة، وذلك على النحو الآتى:

(١) تناسب العقوبة على أساس أن الأصل فى العقوبة هو تفريدها لا تعميمها، وأن المذنبين جميعهم لا تتوافق ظروفهم، وأن عقوبتهم بالتالى لا يجوز أن تكون واحدة لا تغاير فيها، حتى لا يقع جزاء فى غير ضرورة بما يفقد العقوبة تناسبها مع وزن الجريمة وملابساتها، وبما يقيد الحرية الشخصية دون مقتض مما مؤداه عدم جواز تقرير استثناء على هذا الأصل. وواضح من هذا التعليل أن القيمة الدستورية لتفريد العقوبة مستمدة من أساس التجريم والعقاب وهو الضرورة والتناسب.

وفى صدد التناسب استطردت المحكمة الدستورية العليا فاستندت إلى المفاهيم المعاصرة للسياسة الجنائية فى إطار قضائها بتفسير القواعد الدستورية بما يتفق مع موجبات التطور[(٢)]. فقد رأت المحكمة الدستورية العليا أن التفريد لا ينفصل عن هذه المفاهيم المعاصرة، ويتصل بالتطبيق المباشر لعقوبة فرضها المشرع بصورة

---

(١) دستورية عليا فى ٩ مايو سنة ١٩٩٨، القضية رقم ٦٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، وانظر دستورية عليا فى ٦ يونية سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٤٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٨) فى ١٩ فبرايرسنة ١٩٩٨، ٢ أغسطس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٣ فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٧، ٤ يناير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٣) فى ١٦ يناير سنة ١٩٩٧، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ (العدد ٢٩)، الأول من سبتمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٩٧ (العدد ٣٧)، ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٧) مكررا فى ١٧ فبراير سنة ١٩٩٦، ودستورية عليا فى ٣ فبراير سنة ٢٠٠١ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ٢٢ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية عليا فى ٩ مايو سنة ١٩٩٨، القضية رقم ٦٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٢١/ ٥/ ١٩٩٨.

مجردة، شأنها فى ذلك شأن القواعد القانونية جميعها، باعتبار أن إنزالها «بنصها» على الواقعة الإجرامية محل التداعى، ينافى ملاءمتها لكل أحوالها وملابساتها، بما مؤداه أن سلطة تفريد العقوبة - ويندرج تحتها الأمر بإيقافها - هى التى تخرجها من قوالبها الصماء، وتردها إلى جزاء يعايش الجريمة ومرتكبها، ولا ينفصل عن واقعها.

ويلاحظ من هذا القضاء الدستورى أن المحكمة الدستورية العليا قد ميزت بين التناسب التشريعى والتناسب القضائى؛ فالتناسب التشريعى هو فى مقام التجريم والعقاب عندما تحتمه الضرورة الاجتماعية، إذ يتعين أن يكون متناسبا مع الفعل الضار الذى يقع من الجانى. أما التناسب القضائى فهو فى مقام إعمال القاضى لنصوص العقاب على الجانى، فهذا التناسب يكون داخل إطار التناسب التشريعى وتكون ممارسة القاضى لسلطته التقديرية بداخل هذا الإطار فتضع فى اعتبارها عاملا آخر هو شخصية الجانى، مما أدى إلى ظهور التفريد القضائى للعقوبة كضمان فى مواجهة التجريم والعقاب.

وفى ضوء ذلك اعتبرت المحكمة الدستورية العليا المفاهيم المعاصرة للسياسة الجنائية بما تتطلبه من تفريد العقوبة مما يدخل فى إطار المبادئ الدستورية[1]، وهو مسلك يتفق مع سلطة المحكمة فى تطوير مفاهيم القواعد الدستورية بما يجارى مقتضيات التطور. إلا أن المحكمة اعتبرت الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة أحد محاور سلطة التفريد المبنية على مراعاة شخصية الجانى، ورتبت على ذلك أن نص القانون على حرمان المحكمة من سلطة إصدار هذا الأمر يعتبر مجافيا للدستور؛ بينما إيقاف التنفيذ فى حقيقة الأمر هو أحد وسائل تفريد العقوبة التى عرفها التشريع الجنائى، ولا يعبر وحده عن تفريد العقوبة الذى يمكن أن يتحق بغير ذلك من الوسائل. كما أن سلطة المحكمة فى التفريد، وهو ما يسمى بالتفريد القضائى يتم - كما بينا - فى إطار ما يرد فى النص القانونى من عقوبات. ووسائل التفريد تمثل فى مجموعها ما يسمى بالتفريد التشريعى، والذى يقوم على التناسب مع الفعل الضار بالمجتمع،

---

(١) قارن حكم محكمة التحكيم البلجيكية (التى تملك سلطة الرقابة على دستورية القوانين) الذى قضى بأن تفريد العقوبات هو سياسة جنائية يختارها المشرع، وليس مبدأ دستوريا يلزم به المشرع. Arsêt, n 28/2000 مشارا إليه فى:
Annuaire Intrnational de Justice constitutionnalle, 2000, chronique, p. 581.

فإذا جاء القانون وحرم القاضى من سلطة وقف التنفيذ فى جريمة معينة ، فإن ذلك لا يعتبر تدخلا فى الوظيفة القضائية ، لأنه يعتبر من مكونات التفريد التشريعى الذى يمارس القاضى سلطته فى التفريد فى حدوده وداخل إطاره . كما أن حرمان القاضى من وقف التنفيذ يجب أن يكون فى ضوء سائر العقوبات التى يستطيع الحكم بها ووزن الجريمة وملابساتها .

على أننا نلاحظ أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد تعرض لعدم دستورية النصوص التى ألغت سلطة الأمر بإيقاف التنفيذ ، فماذا عن النصوص التى تلغى سلطة المحكمة فى تخفيف العقوبة طبقا للمادة ١٧ عقوبات ، أو تقيد هذه السلطة؟

إن المبادئ التى استندت إليها المحكمة الدستورية العليا بشأن وقف التنفيذ تتعلق بسلطة التفريد القضائى ، ومن ثم فإنها تسرى على كل قيد يلغى هذه السلطة ، بخلاف الحال فيما لو جاء النص فقيد سلطة القاضى فى تطبيق المادة ١٧ عقوبات بحد معين ، فإن هذا القيد لا يلغى سلطة القاضى فى التفريد ، وإنما يضع له إطارا تشريعيا فى ضوء جسامة الجريمة .

فى ضوء الأسانيد السالف بيانها قرر المجلس الدستورى الفرنسى عدم دستورية فرض جزاء بطريقة آلية ، لما يستتبعه من فرض جزاء غير متناسب مع الوقائع المسندة إلى المتهم[(١)] . وهو ما يثير قضية العقوبات التبعية والتى تترتب بقوة القانون ولو لم ينطق بها القاضى . وفى رأينا أن هذه العقوبات تفقد طابع التناسب طالما أنها واحدة لا تتغير مهما اختلفت ظروف المحكوم عليهم من حيث الوقائع والشخصية .

(٢) رأت المحكمة الدستورية العليا أن تقدير عناصر التناسب يدخل فى إطار الخصائص الجوهرية للوظيفة القضائية ، مما يؤدى إلى اعتبار حرمان القاضى من سلطته فى مجال تفريد العقوبة بما يوائم «بين الصيغة التى أفرغت فيها ومتطلبات تطبيقها فى حالة بذاتها» مؤداه بالضرورة أن تفقد النصوص العقابية اتصالها بواقعها ، فلا تنبض بالحياة ، ولا يكون إنفاذها «إلا عملا مجردا يعزلها عن بيئتها» ، دالا على قسوتها أو مجاوزاتها حد الاعتدال . وفى هذا الصدد اعتبرت المحكمة الدستورية العليا تقدير العقوبة التى تناسب الجريمة يعد متطلبا دستوريا لصون

---

(١) Décision no 2000-433 Dc du 27 Juillet 2000.

موضوعية تطبيقها، بما مؤداه قيام علاقة حتمية بين سلطة القاضى فى تفريد العقوبة وتناسبها وارتباطهما معا بمباشرة الوظيفة القضائية[1].

(٣) يتفق تفريد العقوبة مع مبدأ المساواة أمام القانون والذى يتطلب عدم توحيد المعاملة مع المختلفين فى مراكزهم القانونية، فالمساواة تتطلب الاختلاف فى المعاملة مع المختلفين، وعدم توحيدها إلا مع المتماثلين فى المراكز القانونية. كما أن تفريد العقاب يتفق مع المصلحة العامة التى تتفق مع أهداف القانون فى مكافحة الجريمة من خلال عدة أهداف، منها الردع العام والردع الخاص الذى يحقق إصلاح المجرم، ويتم فى ضوء شخصيته الإجرامية التفريد القضائى كمعاملة عقابية وفقا لمعايير موضوعية تحدد المراكز القانونية لشخصية الجانى، فى ضوء خطورته الإجرامية التى تستدل من العوامل؛ وجسامة الجريمة وآثارها وغيرها من العناصر الشخصية. ومن ثم، فإن التفريد القضائى يتفق مع مبدأ المساواة. وتتفق نصوص القانون بشأن الظروف المخففة أو المشددة مع مبدأ المساواة، وتعد من أهم وسائل التفريد. ولهذا فإن إنكار سلطة القاضى فى تقدير الظروف المخففة ينطوى على إنكار لمبدأ المساواة[2].

ويلاحظ أن هذا التفريد يمكن أن تمارس النيابة العامة ملاءمته من خلال الحفظ (أو الأمر بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية) لعدم الأهمية. كما أن هذا التفريد يمكن تحقيقه بضمان معرفة شخصية المتهم فى أثناء التحقيق معه، ثم تحقيقه فى مرحلة الحكم بالعقوبة ثم فى مرحلة تنفيذ العقوبة[3].

وفى ضوء ما تقدم، أكد المجلس الدستورى الفرنسى قضاءه السابق بشأن اتفاق تفريد العقوبة مع مبدأ المساواة (طبقا للمادة ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩) وأسند تفريد العقوبة إلى مبدأ المساواة «أمام القضاء»[4].

---

(١) دستورية عليا فى ٣ أغسطس سنة ١٩٩٦ القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٨ رقم ٣ ص ٦٧.

(٢) المجلس الدستورى الفرنسى فى ٢٧ يولية مشار إليه فى:
Michel Dante Juan, l'égalité en droit pénal, Travaux de l'institut de sciences criminelles de poritiers, cujas, 1987, No. 146, p. 123; Ferdinand Mélin - soucramanien, op. cit., 1997, p. 95.

(٣) Michel Dante Juan, op. cit., No. 337-353, pp. 275-287.

(٤) Décision, No 88-244 Dc du 20 Juillet 1988, Recueil jur. const. p. 334 (1959-1993), Décision, No. 89-262 Dc du 7 Novembre 1989, Recueil jur. const (1959-1993), p. 373.

وبالإضافة إلى ذلك، فقد عنى المجلس الدستورى الفرنسى بالإشارة إلى القيمة الدستورية لتفريد العقوبة الذى يخول القاضى سلطة واسعة فى اختيار العقوبة؛ تأسيسا على أنه لا يجوز أن يمنح القاضى سلطة تحكمية فى تقرير العقوبة، وأن مبدأ تفريد العقوبات يحتل مركزا فريدا ومطلقا فى التشريع، وأنه إذا فرضنا أن مبدأ تفريد العقوبات يمكن فى هذه الحدود اعتباره أحد المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية (وهو أحد المبادئ الواردة فى مقدمة دستورة ١٩٤٦ والتى تنال فى حد ذاتها قيمة دستورية). إلا أن تفريد العقوبة لا يعنى تخفيفها، وإنما يعنى ملاءمتها وفقا لشخصية المجرم تخفيفا أو تشديدا، ولهذا فإن المشرع - فى ذات الوقت - له الحق بل وعليه التزام بوضع القواعد التى تكفل للمحكمة القضاء بعقاب فعال عن ارتكاب الجرائم، مع التزامه بأن يترك للقاضى أو للسلطات المختصة بتنفيذ العقوبات سلطة تقديرية واسعة فى تحديد وسائل تنفيذ العقوبات. وطبقا لهذه الأسانيد، فقد قرر المجلس الدستورى الفرنسى دستورية تشريع وضع لجرائم معينة حدا أدنى من العقوبات وقلل من إمكان تخفيض شروط تنفيذ العقوبة[١].

٩٧- عناصر تفريد العقوبة

يحدد القانون العقوبات معبرة عن التجريم ودرجته، ثم يترك للقضاء اختيار ما يراه ملائما من تحقيق أهدافها. ويقتضى هذا الأمر اختيار العقوبات وفقا لمعايير واضحة تبدو[٢] فى تحديد الأهداف التى يراد تحقيقها من وراء العقاب، وتنحصر هذه الأهداف إما فى الردع العام والردع الخاص أو إصلاح المجرم.

فمن المحقق أن العقوبة تهدف إلى التأثير فى السلوك الإنسانى داخل المجتمع حتى يتلاءم مع الأوامر والنواهى الاجتماعية التى تنطوى عليها قواعد التجريم. وهى فى حالتها الساكنة فى النص تهدف إلى التأثير فى سلوك جميع الأفراد المخاطبين بأحكام القانون، عن طريق التهديد بما تنطوى عليه من جسامة معينة،

---

(١) انظر قرار المجلس الدستورى الصادر فى ١٩ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨١ مشارا إليه مع التعليق عليه فى مـؤلف: François Luchaire, le conseil constitutionnel, Tome II jurisprudence, 1998, op. cit., No. 196, p. 142.

(٢) Hulsman; Le choix de la sanction, Rev. Sc Crim, 1970, p. 212.

وهو ما يسمى بالردع العام. أما فى حالتها الديناميكية عند تطبيقها بواسطة القضاء، فإنها تهدف أساسا إلى التأثير فى سلوك المحكوم عليه حتى يتطابق مستقبلا مع قواعد القانون وهو ما يسمى بالردع الخاص أو الإصلاح أو إعادة التأهيل الاجتماعى. ويقتضى هذا الهدف أن تتوافر لدى المحكوم عليه خطورة إجرامية معينة أى استعداد نحو ارتكاب الجريمة مستقبلا، فإذا قلت هذه الخطورة أو انعدمت قل شأن هذا الهدف(١).

أما الردع الخاص، فإنه لا يعنى مطلقا إسقاط الردع العام من الاعتبار، وإنما يعنى مجرد وضعه فى المرتبة التالية، فاختيار العقوبة من أجل إصلاح المجرم يعنى الاعتماد على مطلق شخصية المجرم فهى وحدها الخاضعة لهذا الإصلاح. أما الردع العام فإنه يتحقق ضمنا من خلال الإيلام المستفاد من العقوبة الموقعة على المجرم مهما اختلف قدره وكيفيته.

وهكذا نرى أنه بينما يحتل الردع العام مرتبته الأولية من الزاوية التشريعية، فإن الردع الخاص يأخذ مكان الصدارة من الزاوية القضائية. ومع ذلك فإن الحماية الاجتماعية التى هى الهدف الأسمى للسياسة الجنائية قد تقتضى فى بعض الجرائم الخطيرة جعل الأولوية للردع العام عند اختيار العقوبة. ومن مظاهر ذلك حرمان القاضى من تطبيق الظروف المخففة أو منعه من الحكم بالبدائل العقابية، مثل وقف التنفيذ، أو تشديد العقوبة. ومن أمثلة ذلك، جرائم الاعتداء على أمن الدولة من جهة الداخل أو الخارج. وقد عرفت الشريعة الإسلامية هذا الأسلوب فى العقاب وطبقته على جرائم الحدود، وهذه الجرائم تنطوى على حق الله تعالى سواء كان حقا خالصا أو حقا غالبا له سبحانه وتعالى، ولذلك قيل بأن إقامة الحد من العبادات، كالجهاد فى سبيل الله، فيكون الوالى شديدا فى إقامة الحد لا تأخذه رأفة فى دين الله فيعطله(٢).

وهنا يجدر التنبيه إلى أن اعتبار العقوبة مقابلا للجريمة. هو محض تحليل قانونى

---

(١) Baumarn: Problémes réels et faux problémes de la réforme du droit en republique fédérale d'Allemagne, Rev. Sc. Crim. 1970, p.815.

(٢) السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية لتقى الدين بن تيمية، مراجعة على سامى النشار وأحمد زكى عطية، طبعة ١٩٥١ ص ١٠٥.

لعناصر العقوبة دون أن يعنى مطلقا أن العقوبة قد وضعت من بين أهدافها فكرة التقابل بينها وبين الجريمة. فهذا التقابل هو مجرد أسلوب لرد الفعل ضد الجريمة وليس هدفا فى حد ذاته.

ويلاحظ أن عقوبة الإعدام تعتمد أساسا على فكرة الردع العام ولا تخلو من تأثر بفكرة المقابل من الجريمة، لأن أثر هذه العقوبة ينصرف نحو ضبط سلوك الغير ولا توقع عادة إلا كمقابل للجرائم البالغة الجسامة(١).

وقد اعتبرت السياسة التقليدية الجديدة، العدالة هدفا للعقاب، وهو أمر لا يمكن تحقيقه فى حد ذاته طالما كان الهدف الأصلى من العقاب هو تغيير السلوك الإنسانى داخل المجتمع. على أنه لا مانع من اعتبار الشعور بالعدالة مجرد قيمة اجتماعية، يحسن أن يشعر بها المجرم، ولكن ذلك يتوقف على ما لديه من إحساس واضح بالقيم الاجتماعية، ولهذا فإن الشعور بالعدالة فى حد ذاته لا يجدى فى حمل الجانى على عدم العودة إلى الجريمة ما لم يتم تربيته اجتماعيا بالقيم الخلقية، وهو ما يتوقف على الهدف الأصلى للعقوبة وهو الردع الخاص.

ومع ذلك، فإنه إذا كان من غير الممكن أن نجعل العدالة هدفا للعقاب، فإنه لا يجوز أن يصطدم العقاب باعتبارات العدالة. وهنا ينظر إلى العدالة بوصفها قيمة اجتماعية استقرت فى ضمير الجماعة وأصبحت تساعد على اتسام السلوك الاجتماعى للأفراد والجماعات، وتساهم فى تحديد الغايات المرغوبة اجتماعيا والوسائل المقبولة لتحقيق هذه الغايات. ولما كانت الحماية الاجتماعية هى الهدف من السياسة الجنائية، فلا يقبل الالتجاء إلى وسائل يأباها المجتمع وينفر منها، ومن هذه الوسائل كل ما ينافى العدالة.

وبناء على ذلك، فإن تفريد العقاب من أجل إصلاح المجرم يجب ألا ينبنى على وسائل غير عادلة، ولذلك قيل بأنه لا يجوز أن يبلغ حد الجسامة إلا بالقدر الضرورى لتحقيق أهداف العقاب(٢). فالتناسب عند الحكم بالعقوبة لا يكون بين العقوبة والجريمة، وإنما بين العقوبة والعناصر التى يتوقف عليها تحقيق أهدافها وهى

---

(١) Hulsman, op. cit., Rev. Sc. Crim, 1970, p. 514.

(٢) Hulsman, op. cit , Rev Sc. Crim, 1970, p. 514.

الخطورة الإجرامية وجسامة الجريمة . فالخطورة تبين مدى استعداد المجرم لمزيد من الإجرام، وجسامة الجريمة تكشف عن مدى الخطورة. والواقع من الأمر، فإنه كلما نمى الشعور الاجتماعى على ضوء المعطيات العلمية الحديثة واستقر فى الأذهان أن العقاب يهدف إلى علاج أسباب الإجرام عند المجرم، كلما تغير معيار العدالة بين أفراد المجتمع فلا يتوقف على التناسب بين العقوبة والجريمة، وإنما بين العقوبة من ناحية، والخطورة الإجرامية وجسامة الجريمة من ناحية أخرى. وفى هذه الحالة سوف يتطابق معنى العدالة مع المعايير العلمية للعقاب. فالعقاب غير العادل سوف يكون هو العقاب غير الملائم من الناحية العلمية، والعقاب العادل هو العقاب الفعال.

٩٨- مدى تقرير المسئولية الجنائية للشخص المعنوى

وفى القانون المصرى تنقسم المسئولية الجنائية للشخص المعنوى إلى نوعين :

(١) مسئولية غير مباشرة، تتوقف على صدور حكم بمعاقبة أحد العاملين لدى الشخص المعنوى تترتب بعدها مسئولية هذا الشخص المعنوى. فمسئولية هذا الأخير ليست مستقلة عن مسئولية الشخص المعنوى، بل هى تابعة له وتدور معه وجودا وعدما. ومثال ذلك، المادة ٢٠٠ من قانون العقوبات(١)، والمادة ١١ من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٤ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبى(٢)، والمادة ٦٨ من

---

(١) تبدو هذه المسئولية فى حالتين هما:
(أ) إذا حكم على رئيس التحرير أو المحرر المسئول أو الناشر عن جناية ارتكبت بواسطة جريدة أو فى الجنحتين المنصوص عليهما فى المادة ١٧٩ عقوبات (إهانة رئيس الجمهورية)، والمادة ٣٠٨ عقوبات عقوبات (العيب أو الإهانة أو القذف أو السب الماس بالأعراض)، فإنه يحكم وجوبيا على الشخص المعنوى بعقوبة تعطيل الجريدة لمدة شهر بالنسبة للجرائد التى تصدر ثلاث مرات فى الأسبوع أو أكثر ولمدة ثلاثة أشهر بالنسبة للجرائد الأسبوعية ولمدة سنة فى الأحوال الأخرى.
(ب) إذا حكم على رئيس التحرير أو المحرر المسئول أو الناشر عن جريمة ارتكبت بواسطة الجريدة غير الجرائم المذكورة فى الحالة السابقة، يجوز معاقبة الشخص المعنوى صاحب الجريدة بتعطيل الجريدة لمدة لا تتجاوز نصف المدة المقررة فى الحالة السابقة. وإذا حكم بالعقوبة مرة ثانية فى جريمة مما ذكر فى الحالة الثانية وقعت أثناء السنتين التاليتين لصدور حكم سابق بعقوبة مرة ثالثة فى جريمة مما ذكر فى الحالة الثانية وقعت فى أثناء السنتين التاليتين لصدور الحكم الثانى وجب تعطيل الجريدة مدة تساوى المدة المنصوص عليها فى الحالة الأولى.
(٢) نصت على أن يكون المسئول عن الجريمة فى حالة وقوعها من شخص اعتبارى أو إحدى الجهات الحكومية أو وحدات القطاع العام أو وحدات قطاع الأعمال العام هو مرتكب الجريمة من العاملين لدى الشخص أو الجهة أو الوحدة مع مسئوليته.

القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بإصدار قانون سوق رأس المال[١]، والمادة ٩٦ من حماية البيئة الصادر بالقانون رقم ٤ ١٩٩٤[٢].

(٢) مسئولية مباشرة، لا تتوقف على مسئولية أحد العاملين فى الشخص المعنوى ولم يعرف القانون المصرى هذه المسئولية من حيث المبدأ، ولكنه أقرها فى الجرائم المنصوص عليها فى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع الغش والتدليس والمعدل بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ (المادة ٦ مكررا «٢»)[٣].

وقد أقر قانون العقوبات الفرنسى الجديد (المادة ١٢١/ ٢) مبدأ المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية، وحدد فى نصوص أخرى القواعد المتعلقة بطبيعة ونظام العقوبات القابلة للتطبيق على الشخص المعنوى. وقد سبق أن أقرت تشريعات بعض الدول مبدأ المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية، كما هى الحال فى الولايات المتحدة وكندا والمملكة المتحدة وهولندا. وقد سبق أن أوصت لجنة الوزراء بمجلس أوربا فى عامى ١٩٨١ و ١٩٨٨ بتطبيق المسئولية والجزاءات الجنائية على الشركات إذا تطلبت ذلك طبيعة الجريمة وجسامة خطأ الشركة، والنتائج التى تصيب المجتمع وضرورة منع الجرائم الأخرى[٤].

٩٩- مدى دستورية المسئولية الجنائية للشخص المعنوى

يثور البحث حول مدى دستورية المسئولية الجنائية للشخص المعنوى، باعتبار أن

---

(١) نصت على مسئولية الشركة التضامنية عن الغرامات التى يحكم بها بالمخالفة لأحكام هذا القانون.

(٢) نصت على مسئولية الشركة التضامنية عن سداد الغرامات التى توقع تنفيذاً لأحكام القانون الصادر فى شأن البيئة بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤.

(٣) نصت هذه المادة على أنه دون إخلال بمسئولية الشخص الطبيعى المنصوص عليها فى هذا القانون، يسأل الشخص المعنوى جنائيا عن الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون إذا وقعت لحسابه أو باسمه بواسطة أحد أجهزته أو ممثليه أو أحد العاملين لديه. ويحكم على الشخص المعنوى بغرامة تعادل الغرامة المعاقب بها عن الجريمة التى وقعت، ويجوز للمحكمة أن تقضى بوقف نشاط الشخص المعنوى المتعلق بالجريمة لمدة لا تزيد على سنة، وفى حالة العود يجوز الحكم بوقف النشاط لمدة لا تزيد على خمس سنوات أو بإلغاء الترخيص فى مزاولة النشاط نهائيا.

(٤) انظر:

Frédéric Desportes et Francis le Gunehec, le nouveau droit pénal, Tome I, Droit pénal général, 5 ènes édition, 1998, No. 570, 575.

هذه المسئولية تؤدى إلى الحكم بعقوبات على الشخص المعنوى تصيب فى النهاية بحكم اللزوم أعضاء الشخص المعنوى والعاملين فيه، الأمر الذى يثير بالتالى شبهة المساس بمبدأ شخصية العقوبة.

وقد فضلنا بحث هذه المشكلة بمناسبة بحث شخصية العقوبة، ورغم ما أثير كذلك من شبهة عدم دستورية المسئولية الجنائية للشخص المعنوى بسبب مساسها بشخصية العقوبة نظرا إلى أن نتائجها تصيب كل من أعضاء الشخص المعنوى والعاملين بها، فإنه يلاحظ بادئ ذى بدء أنه لا يوجد ما يحول فى جميع العقوبات دون مساسها بأسرة المحكوم عليه، بل إنها إذا قضى بها على شخص صاحب المنشأة الفردية، فإن غلق هذه المنشأة يؤثر على وظيفة العاملين بها.

وقد ذهب المجلس الدستورى الفرنسى إلى أنه لا يوجد أى مبدأ دستورى يقف دون الحكم بغرامة على الشخص المعنوى[1] وسنحت الفرصة لعرض الموضوع على المجلس الدستورى[2] بمناسبة فحص طعن مقدم ضد مشروع القانون الصادر فى 11 مايو سنة 1998 بشأن دخول وإقامة الأجانب فى فرنسا، فقد نص على إعفاء بعض الشركات من العقاب عن جريمة مساعدة الأجنبى الذى يكون فى وضع غير قانونى، فقرر المجلس بأن هذا الإعفاء يخالف الدستور لأنه جاء لصالح شركات تحدد بطريقة تحكمية بواسطة وزير الداخلية، ثم أضاف المجلس الدستورى بأن أهداف المشرع فى مجال الرقابة على المهاجرين من الأجانب يبرر وضع نظام للعقوبات يطبق على كل من الأشخاص الطبيعية و «الأشخاص المعنوية»، مما يجيز للمشرع وضع القواعد المتعلقة بتحديد الجرائم والعقوبات القابلة للتطبيق عند وقوعها، وأنه يجوز للمشرع فى حدود احترام مبادئ المساواة والشرعية - والتى لم يحترمها مشروع القانون سالف الذكر، تقرير الإعفاء من العقاب لبعض الأشخاص الطبيعية أو «المعنوية».

وواقع الأمر، أن مبدأ المسئولية الجنائية للشخص المعنوى لا يؤدى فى حد ذاته

---

(1) انظر: Hulsman, op. cit., Rev. Sc. Crim, 1970, p. 622.

العدد 21 فى 21/5/1998.

(2) دستورية عليا فى 3 أغسطس سنة 1996 القضية رقم 37 لسنة 15 قضائية «دستورية» مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ8 قاعدة رقم 3 ص 67.

إلى مخالفة مبدأ شخصية العقوبة، وإنما تقع هذه المخالفة إذا نص القانون على تنفيذ الغرامات المحكوم بها على الشخص المعنوى من الذمة المالية لأعضائه. ومن ثم، فلا يجوز عند تقرير مسئولية الشخص المعنوى اعتبار الشركاء مسئولين بالتضامن وبصورة غير نهائية عن الغرامات المحكوم بها على هذا الشخص المعنوى، ولا يجوز تحميل مدير الشخص المعنوى بمبالغ الغرامات المحكوم بها على هذا الشخص المعنوى. ومن ناحية أخرى، لا يجوز فى حالة تقرير المسئولية الجنائية للشخص الطبيعى تحميل الشخص المعنوى بالتضامن مع ما يقضى به على الشخص الطبيعى من غرامات ما لم يثبت وجود خطأ من الشخص المعنوى كما إذا كان الشخص الطبيعى من أجهزة الشخص المعنوى أو ممثلا له.

وتعد المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية ذات طبيعة خاصة، فهى مسئولية غير مباشرة ومباشرة فى آن واحد. وقد سماها البعض بأنها «مسئولية عن الفعل الشخصى بالإنابة».

ويتأكد الطابع الشخصى للمسئولية الجنائية للشخص المعنوى فى ضرورة أن تقع الجريمة بواسطة جهاز أو ممثل الشخص المعنوى، ولو لم ترفع الدعوى الجنائية فى الشخص الطبيعى[1]. ولا يشترط لانعقاد مسئولية الشخص المعنوى تحديد شخصية ممثله أو الجهاز الذى وقعت منه الجريمة[2].

وتنطوى المسئولية الجنائية غير المباشرة للشخص المعنوى على عيب عدم الدستورية إذا أسست على مجرد مسئولية الشخص الطبيعى العامل بها، إذا لم

---

(١) Frédéric Desportes, Francis La Gunehec, Droit pénal Général, 8 éme édition, Economica, 2001, n°. 598, p. 542.

(٢) Lyon, 3 Juin 1998, JCP, éd. E, 1998, p. 1760, crim. 1er Déc. 1998, Bull, n° 325.

وقد نصت الفقرة الرابعة من المادة ١٢١-٣ عقوبات فرنسى المعدلة بالقانون الصادر فى ١٠ يولية سنة ٢٠٠٠ على أنه يشترط لمساءلة الشخص الطبيعى إذا ما تسبب فى إحداث الضرر على نحو غير مباشر توافر جسامة معينة من الخطأ، بينما يكفى لمساءلة الشخص المعنوى عن هذه الجريمة توافر الخطأ العادى (الفقرة الثالثة من المادة ١٢١-٣ عقوبات فرنسى)، مما مقتضاه أنه إذا ارتكب الشخص الطبيعى ممثل الشخص المعنوى خطأ عاديا تسبب فى الضرر بطريق غير مباشر لا يكون مسئولا جنائيا، بينما تنعقد المسئولية للشخص المعنوى.

(crim 24 Oct. 2000 Rapport corgde cassation 2000, p. 443)

يثبت أنه قام بها باسمها أو نيابة عنها، إذ يجب أن يثبت صدور فعل مادى من الشخص المعنوى من خلال من يعمل باسمه أو نيابة عنه، وإلا أضحت مسئوليته عن فعل الغير[1].

---

(١) Décision No. 30 Juillet 1982, 82 - 143 Dc, Recueil jur. const. 1959 - 1993, p. 130.

القسم الثانى

الشرعية الدستورية
فــى
قانون الإجراءات الجنائية

تمهيـــد

فرغنا فى القسم الأول من هذا المؤلف من بحث الشرعية الدستورية فى قانون العقوبات. ونخصص هذا القسم لبحث الشرعية الدستورية فى قانون الإجراءات الجنائية وترتكز هذه الشرعية على الضمانات الدستورية فى هذا القانون. ويتعين على المشرع فى قانون الإجراءات الجنائية احترام هذه الشرعية الدستورية والعمل على تنظيم ممارسة الضمانات الدستورية. وتقع على القاضى الجنائى مسئولية تطبيقها. وتنقسم هذه الضمانات إلى ثلاثة مجموعات تحكم كل منها قاعدة كلية. وندرس فيما يأتى كل مجموعة من هذه الضمانات فى باب على حدة.

وعلى هذا الأساس نبحث هذا الموضوع فى ثلاثة أبواب:

(الأول): الأصل فى المتهم البراءة.

(الثانى): الضمان القضائى لحماية الحقوق والحريات.

(الثالث): ضمانات المحاكمة المنصفة.

مقدمة

١٠٠ - الهدف من قانون الإجراءات الجنائية

نصت المادة ٦٦/ ٢ من الدستور على أنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى . وبناء على ذلك فإن حق الدولة فى العقاب يظل فى دائرة السكون حتى تأتى الإجراءات فتنقله إلى مرحلة التطبيق ، مما أدى بالبعض إلى اعتبار قانون الإجراءات أكثر تفوقا من قانون العقوبات . والواقع أن كلا من القانونين يعتبر مكملا للآخر(١) .

فقانون الإجراءات الجنائية يرتبط مع قانون العقوبات ارتباطا لازما وثيقا بحيث يعتبر كل من القانونين بالنسبة إلى الآخر وجها لعملة واحدة . فالإجراءات الجنائية هى الوسيلة الضرورية لتطبيق قانون العقوبات ونقله من حالة السكون إلى حالة الحركة .

وهذه الإجراءات هى التى تكشف عن مدى الاتحاد بين شقى التجريم والعقاب فى قانون العقوبات ، لأنها تبحث فى مدى توافر شروط شق التجريم من أجل تطبيق شق العقاب . فالإجراءات الجنائية على هذا النحو هى الوجه العملى لاتحاد شقى التجريم والعقاب فى القاعدة العقابية . وهى المحرك الفعال لقانون العقوبات لكى ينتقل من دائرة التجريد إلى دائرة التطبيق العملى(٢) .

ومن هنا تبدو الأهمية البالغة لقانون الإجراءات الجنائية فى تطبيق قانون العقوبات . فمهما نجح المشرع فى وضع قانون العقوبات وحماية المصلحة العامة فى هذا القانون ، فإن هذا النجاح يظل محصوراً فى دائرة نظرية ضيقة ما لم يكفل المشرع تنظيما إجرائيا فعالا يكفل تحقيق هذه الحماية ويضمن تحقيق الهدف من العقاب . ولهذا قيل بأن من يتقن وضع قانون العقوبات ثم يترك قانون الإجراءات الجنائية بدون إتقان كمن يبنى قصراً فى الهواء(٣) .

---

(١) S DANDO; Japaneasc Criminal procedure, (Translated by B.J. George), Fred B. Rothman and co Soyth Hackenasck, N. J., 1960, p. 24.

(٢) Merle et Vitu; Traité de droit criminel, 2 éme éd. Paris, 1973, T.2, No. 173, pp. 226 et 227.

(٣) DANDO, ibid. p. 24

وينهض قانون الإجراءات الجنائية بمهمة تحديد التنظيم الإجرائى ضمانا لتحقيق المصلحة الاجتماعية فى جميع صورها سواء تلك التى تهم المصلحة العامة على نحو مباشر أو تلك التى تهم حقوق وحريات أعضاء المجتمع .

ولا تتأثر هذه المصلحة كثيرا إذا كان قانون المرافعات المدنية والتجارية مشوبا بعيوب تعطل من فعاليته ، بعكس الحال فى قانون الإجراءات الجنائية ، فإن عدم فعالية هذا القانون يؤدى إلى تعطيل أو إضعاف الحماية التى يكفلها قانون العقوبات للمصالح الاجتماعية المختلفة . وعلة ذلك أن المصالح الخاصة المدنية والتجارية يمكن حمايتها من غير الطريق الإجرائى الذى رسمه القانون ، بخلاف الحال فى المصالح الاجتماعية التى يحميها قانون العقوبات . هذا فضلا عما يتمتع به هذا النوع الثانى من المصالح من أهمية تفوق المصالح الخاصة المدنية والتجارية .

ولهذا حق القول فى إبراز مدى العلاقة الوثيقة بين قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية أن الأول (يخدم العدالة من خلال إدارة قانون الإجراءات الجنائية) وأن الثانى (يخدم العدالة من خلال إدارة قانون العقوبات)[1] .

---

(١) إلا أنه وعلى الرغم من تلازم قانون الإجراءات الجنائية مع قانون العقوبات فإن كلا منهما يتميز بمضمونه وبخصائصه وبمنهجه الذاتى المستقل . فما معيار التمييز بين هذين القانونين؟ هناك ثلاثة معايير معروضة على بساط البحث ، الأول هو مكان وجود القاعدة القانونية ، والثانى هو الهدف من القاعدة القانونية ، والثالث هو الموضوع الذى تعالجه هذه القاعدة .
أما من حيث معيار مكان وجود القاعدة القانونية فإنه ليس حاسما ، ذلك أن قانون الإجراءات الجنائية قد يحتوى على قواعد لقانون العقوبات مثل جرائم الامتناع عن الشهادة ، كما أن قانون العقوبات قد يحتوى على قواعد لقانون الإجراءات مثل الشكوى والطلب والإذن .
ولا يصلح أيضا معيار الهدف من القاعدة القانونية للتمييز بين القانونين ، لأن كلا منهما يحمى المصلحة الاجتماعية ولو كانت فردية طالما بلغت أهمية معينة فى نظر المجتمع .
ولعل أفضل معيار للتمييز بين قواعد هذين القانونين ، هو موضوع كل منهما . فقانون العقوبات يحدد أنواع السلوك الذى ينهى عنه المجتمع والعقوبات المقررة جزاء اتباع هذا السلوك . هذا بينما يكفل قانون الإجراءات الجنائية تحديد الإجراءات الواجب اتباعها عند وقوع الجريمة والجهات التى يجب أن تفحصها وتفصل فيها .
وعلى الرغم من التمييز العضوى بين القانونين ، فإن أثر قانون الإجراءات فى تطبيق قانون العقوبات يبدو واضحا كما أسلفنا ـ لأنه يرسم الوسائل اللازمة لتطبيقه وأكثر من هذا ، فإن قانون الإجراءات ـ يكمل قانون العقوبات لأنه يرسم حدود سلطة القاضى فى القضاء بما ينص عليه هذا القانون بالإضافة إلى ما يحدده من قوة الأمر المقضى للحكم الجنائى إذا توافرت شروط معينة ، مهما كان هذا الحكم مشوبا بالخطأ فى تطبيق قانون العقوبات . ففى هذه الحالة يؤثر قانون الإجراءات فى النطاق الفعلى لتطبيق هذا القانون .

١٠١ - قانون الإجراءات الجنائية وقانون العقوبات

قيل بأن قانون العقوبات جاء لمواجهة الأشرار، بينما جاء قانون الإجراءات الجنائية من أجل الشرفاء[1]. وكان السائد أن قانون العقوبات يتضمن قواعد موضوعية بخلاف قانون الإجراءات الجنائية، فإنه يتضمن قواعد شكلية. إلا أن هذا القول لا يعبر عن صحيح القانون. فكل من القانونين يهدف إلى حماية الحقوق والحريات التى هى أساس القواعد الموضوعية. وإذا كان قانون الإجراءات الجنائية يهتم بفن تنظيم إجراءات الخصومة الجنائية متوخيا فى ذلك تطبيق قانون العقوبات، إلا أنه لا يجوز أن نغفل حقيقتين مهمتين: أولاهما أن الشرعية الدستورية لكلا القانونين تقوم على الحماية التى يوفرها كل منهما للحقوق والحريات التى كفلها الدستور. وثانيتهما أنه بدون قانون الإجراءات الجنائية لن يطبق قانون العقوبات، فالقانون الأول هو الطريق الذى يجب اتباعه للانتقال من التجريم إلى العقاب.

وبالنسبة إلى الحقيقة الأولى فإنه ليس صحيحا أن قانون الإجراءات الجنائية ينظم صيغا وأشكالا لإجراءات الخصومة الجنائية، وإنما الصحيح أنه قانون يحتوى على تنظيم للحماية الدستورية للحقوق والحريات، يكفل حمايتها. وما الإجراءات الجنائية إلا أعمال قانونية تهدف إلى حماية هذه الحقوق والحريات فى إطار الشرعية الدستورية القائمة على كل من أصل البراءة فى المتهم، والضمان القضائى فى مباشرة الإجراءات الجنائية، والمحاكمة المنصفة بجميع عناصرها.

وبالنسبة إلى الحقيقة الثانية، فإنه إعمالا لنص المادة ٦٦/ ٢ من الدستور التى نصت على أنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى، يتعين لتطبيق قانون العقوبات البدء بكشف الحقيقة من خلال إجراءات معينة. فإذا ثبت أن المتهم لم يرتكب الجريمة المسندة إليه، فلا تتوافر الحقيقة التى تبرر توقيع العقاب على هذا المتهم. ولا تملك الدولة قبل صدور حكم الإدانة ومعاقبة المحكوم عليه الالتجاء إلى التنفيذ المباشر على المتهم ولو اعترف طواعية واختيارا بواسطة أجهزتها المختصة بارتكاب الجريمة، أو قبل برضائه العقوبة المنصوص عليها قانونا.

وعلة ذلك أن حق الدولة فى العقاب ينطوى على مساس جسيم بحرية المتهم،

---

(١) انظر فى ترديد هذا القول:
Serge Guinchard et Tacques Buisson; Procédure pénale, Litec, 200, p.5

وهو ما لا يمكن إقراره ولا تحديد مداه إلا بواسطة سلطة مستقلة محايدة هى السلطة القضائية، بوصفها الحارس الطبيعى للحريات. ولا تقتصر أهمية هذا التدخل على كشف الحقيقة، بل إنها تمتد كذلك إلى تحديد نطاق حق الدولة فى العقاب.

وفى هذا الشأن يتوقف دور القاضى على مضمون حق الدولة فى العقاب وفقًا للسياسة الجنائية التى يعتنقها القانون الوضعى.

وقد ثار البحث عما إذا كان القاضى هو الذى ينشئ حق الدولة فى العقاب أم أنه يقتصر على مجرد تقريره. وقد ذهب البعض(1) إلى أن الحكم القضائى لا يقتصر دوره على مجرد تقرير هذا الحق بل هو الذى ينشئه. ويساند هذا الرأى مبدأ «لا عقوبة بغير حكم قضائى»، وإلى أن نشوء حق الدولة فى العقاب قبل صدور الحكم لا يتفق مع ما قد تنتهى إليه الدعوى الجنائية من الحكم ببراءة المتهم. وهو رأى مردود بأن الحكم بالإدانه كاشف لحق الدولة فى عقاب المحكوم عليه. واشتراط صدور الحكم القضائى هو ضمان دستورى لهذا الكشف حماية لحقوق المتهم وحرياته.

ونتبه إلى ما حل من تطور فى قانون الإجراءات الجنائية أدى إلى إمكان إنهاء الدعوى الجنائية بغير حكم (التصالح والأمر الجنائى). ورغم ذلك فإن إنهاء الدعوى الجنائية بمثل هذه الوسائل قد تم تطبيقا لقانون العقوبات، فهو الذى يحدد الجرائم التى يجوز بشأنها انقضاء الدعوى الجنائية بإحدى هذه الوسائل. وعلى الرغم من أن مبلغ الصلح أو التصالح، أو المبلغ المقرر فى الأمر الجنائى لا يعتبر عقوبة، إلا أن حق الدولة فى العقاب ينقضى بانقضاء الدعوى الجنائية ولو تم ذلك بغير حكم قضائى.

١٠٢ـ المركز القانونى للحقوق والحريات فى الإجراءات الجنائية

يعتبر قانون الإجراءات الجنائية أهم المجالات الحساسة لقضية الحقوق والحريات، فالمساس بالحقوق والحريات من خلال التجريم والعقاب لا يتجلى من الناحية الفعلية إلا من خلال الإجراءات الجنائية، لأنها بطبيعتها قد تمس أحد هذه

---

(1) DELOGU La loi pénale et son application, Le Caire, Tome 1, 1956 - 1957, pp. 149 et 155.

الحقوق أو الحريات. فما الضمانات التى يجب توفيرها لضمان حمايتها فى إطار التوازن بينها وبين المصلحة العامة؟

تمر الإجراءات بمرحلتين، إحداهما سابقة للمحاكمة والأخرى تجرى فى أثناء المحاكمة. وفى كل من هاتين المرحلتين تتعرض حرية المتهم لأخطار عدة منها القبض والتفتيش والاستجواب والحبس الاحتياطى وضبط الأشياء، ومراقبة الرسائل والمحادثات الشخصية. وتباشر هذه الإجراءات سلطات عدة تبدأ من سلطة الضبط القضائى إلى سلطة التحقيق (النيابة العامة بحسب الأصل)، والمحكمة. وتختلف حقوق كل من هذه السلطات فى المساس بحرية المتهم فى إطار ما تباشره قانونا من إجراءات جنائية.

ويختلف المركز القانونى للحقوق والحريات فى الإجراءات الجنائية وفقا لمحورين:

(الأول): المرحلة التى تتم فيها مباشرة الإجراءات الجنائية.

(الثانى): السلطة التى تقوم بالإجراء الجنائى.

ولما كانت الإجراءات الجنائية (فى الخصومة الجنائية) لا تتم من جانب واحد هو السلطة أيا كان اختصاصها (الضبط القضائى، أو الاتهام، أو التحقيق، أو الحكم) وإنما تتم أيضا من جانب المتهم، فإن هذا الأخير يملك الحق فى اتخاذ إجراءات الدفاع عنها. وفى كل هذه الإجراءات يجب كفالة التوازن بين حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة.

وفى ضوء كل ذلك يؤدى قانون الإجراءات الجنائية دوره فى حماية الحقوق والحريات. فما نطاق هذا الدور؟

١٠٣ - دور قانون الإجراءات الجنائية فى إحداث التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة

لا ينهض قانون الإجراءات الجنائية بمجرد وضع التنظيم القضائى لاستعمال حق الدولة فى العقاب، لأن الإجراءات التى ينظمها ليست مجرد وسائل فنية بحتة، بل هى أعمال تمس الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات عند مباشرتها فى

مواجهة المتهم. فالإجراءات الجنائية بكل ما تحمله من معانى الاتهام، وبكل ما تستهدفه من جمع الأدلة لكشف الحقيقة تمس حرية المتهم أو تعرضها للخطر. ولهذا فإن قانون الإجراءات الجنائية فى دولة ما هو الصورة الدقيقة للحريات فى هذا البلد. فإذا استهدف التنظيم الإجرائى تحقيق مصلحة الدولة فى الكشف عن الحقيقة لإقرار حقها فى العقاب، مضحيا بالحرية الشخصية للمتهم، فإن مصلحة الدولة تكون قد بلغت ذروتها فى التفوق على مصالح الأفراد. وهو ما يتحقق فى النظم التسلطية التى ساد فيها مبدأ تفوق الدولة. هذا بخلاف الحال فى النظم الديمقراطية الحرة، فإن التنظيم الإجرائى يضمن حرية الفرد ويوازن بينها وبين المصلحة العامة. وهو فى جميع الأحوال يتأثر بالنظم السياسية والاجتماعية والاقتصادية التى تحكم شكل الدولة وعلاقة الفرد بها[1]. ومن هذه الزاوية يعتبر قانون الإجراءات الجنائية من القوانين المنظمة للحريات. ولذلك يتعرض هذا القانون لأزمة شديدة كلما تعرضت الحريات فى الدولة للأزمات. وقد ظهر ذلك على أثر الحرب العالمية الأولى واندلاع الأزمة الاقتصادية التى ظهرت بوادرها قبل هذه الحرب. فقد بدأ التفكير فى التجمعات الشعبية، وانتشرت ظاهرة النقابات إيمانا بأن الفرد لا يمكنه الحصول على الحد الأدنى من الحماية إلا إذا انضم إلى جماعة معينة. كما تكونت الجبهات الشعبية وظهرت الديكتاتوريات فى إيطاليا وألمانيا والاتحاد السوفيتى (سابقا) لتقوية المجتمع والحيلولة دون ظهور النظام الملكى[2].

وواقع الأمر أنه فى داخل الخصومة الجنائية تتنازع مصلحة المتهم مع مصلحة سلطة الاتهام. وقد تتنازع إحداهما مع المصلحة العامة فى كشف الحقيقة وتحقيق العدالة. لهذا كان الهدف من هذا القانون هو إحداث التوازن بين هذه المصالح، وهو ما يتم من خلال التناسب بين الفائدة التى تعود على المصلحة المحمية (أيا كان نوعها) والضرر الذى يعود على المصلحة المتنازعة معها. وهو أمر يثير قضية التناسب بين الوسائل والأهداف المتوخاة منها[3]. هذا التناسب يجب أن يتسم بالعلاقة المنطقية، وهى علاقة موضوعية بحسب طبيعتها.

وينهض قانون الإجراءات الجنائية تنظيم الخصومة الجنائية لتحقيق هدف معين

---

(١) محمد مصطفى القللى، أصول قانون تحقيق الجنايات، سنة ١٩٥٤ ص ٧.

(٢) BEREND; L'influence de l'organisation de l'Etat sur le droit pénal, Rev. inter dr. pén. 1994, p. 23 - 31.

(٣) انظر ما تقدم بند ٢، ص ٧.

هو إحداث التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة، أو كما تقول المحكمة الدستورية العليا: من خلال وضع ضمانات «فعلية توازن بين حق الفرد فى الحرية من ناحية، وحق الجماعة فى الدفاع عن مصالحها الأساسية من ناحية أخرى»[1].

وسوف نبحث الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية من منظور هذا الدور، بعيدا عن منظور دوره فى نظام التحرى والتنقيب أو النظام الاتهامى. فالتوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة هو مركز الثقل فى هذا القانون وليس نظام الخصومة الجنائية.

١٠٤ - تطور حماية الحقوق والحريات في قانون الإجراءات الجنائية المصرى

تطور قانون الإجراءات فى مصر فى ضوء تطور حماية الحقوق والحريات. فقد كان أول قانون للإجراءات الجنائية فى مصر هو قانون تحقيق الجنايات المختلط الصادر فى عام ١٨٧٥ عند إنشاء المحاكم المختلطة فى هذا العام، وقد شاب هذا القانون عيب الامتيازات الأجنبية التى أعطت للأجنبى فى بلادنا وضعا يسمو على الوطنى. وفى عام ١٨٨٣ صدر قانون تحقيق الجنايات الأهلى للقضاء فى ظل ما كان يشوب التحقيق والمحاكمة فى ذلك الوقت من عسف وظلم صارخ، غير أن السلطات القائمة على تنفيذه لم تسمح بالاستمرار فى تطبيقه، بحجة أن الأشرار قد أساءوا فهم الحريات التى منحها إياهم القانون الجديد وعاثوا فى البلاد فسادا[2]. وقد تعللت بهذا التبرير فعطلت تطبيق القانون بما احتواه من ضمانات، بأن أصدرت فى ٢٤ أكتوبر فى سنة ١٨٨٤ فيما يتعلق بالوجه البحرى وفى إبريل فى سنة ١٨٨٥ فيما يتعلق بالوجه القبلى دكريتو يقضى بنقل اختصاص الفصل فى الجرائم التى من شأنها الإخلال بالأمن أو تهديد الأملاك إلى لجان سميت باسم لجان أو قومسيونات الأشقياء، وهى مشكلة من رئيس يعينه مجلس الوزراء ومن مدير المديرية ورئيس النيابة واثنين من قضاة المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف، وكانت هذه اللجان تتولى التحقيق والفصل فى القضايا غير مقيدة بالقواعد وبالإجراءات التى كان ينص

---

(١) دستورية عليا فى ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» مجموعة أحكام الدستورية العليا، جـ٦، ص ٦٨٦.

(٢) DONNEDIEU VABRES; La politique des états autoritaires, Sirey, 1938, pp 6 et 7.

عليها قانون تحقيق الجنايات. وقد كان هذا التحكم إيذانا بالافتئات على الحريات وإهدار الحقوق الأساسية للأفراد، فأسرفت تلك اللجان فى القسوة بقصد الإرهاب، وانتهكت حقوق الدفاع ولم تتورع عن اللجوء إلى التعذيب فى أثناء التحقيق، واكتفت فى الإدانة بمجرد الشبهات، وظلت الحال كئيبة قاتمة على هذا النحو حتى ألغيت هذه اللجان فى سنة ١٨٨٩ .

ورأى المشرع المصرى إصلاح قانون تحقيق الجنايات فصدر قانون جديد فى عام ١٩٠٤ راعى فيه احترام الضمانات فى حدود معينة .

وفى سنة ١٩٣٧ على إثر إبرام معاهدة مونتريه بإلغاء الامتيازات الأجنبية فى مصر، أصبحت المحاكم المختلطة مختصة بمحاكمة الأجانب فى المواد الجنائية فى فترة الانتقال مما أدى إلى إصدار قانون جديد فى سنة ١٩٣٧ لتحقيق الجنايات المختلط للعمل به أمام المحاكم المختلطة فى هذه الفترة، إلا أن ازدواج القضاء الجنائى فى مصر على هذا النحو، والتمييز بين المصريين والأجانب فى بلد واحد لمصلحة الأجانب كانا مثارا للتفكير فى العمل على توحيد القانونين الأهلى والمختلط. ولذلك قرر مجلس الوزراء فى ١٣ مارس فى سنة ١٩٤٠ تشكيل لجنة لتوحيد هذين القانونين، وقد وضعت اللجنة مشروعا كاملا فى سنة ١٩٤٥ لم يقدر له الظهور إلا بعد انتهاء فترة الانتقال لإلغاء الامتيازات الأجنبية التى انقضت سنة ١٩٤٩، فصدر القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ يحمل اسم «قانون الإجراءات الجنائية». وقد كان هذا القانون فى الصورة التى صدر بها لأول مرة يكفل احترام الحقوق والحريات للأفراد فى كثير من النصوص، إلا أن التعديلات والقوانين المكملة له التى طرأت عليه بعد ذلك أضعفت كثيرا من نطاق الضمانات التى كان قد كفلها هذا القانون.

وجاءت ثورة ٢٣ يوليو فى سنة ١٩٥٢ فخرجت بمنطق الثورة على بعض الضمانات. فصدر المرسوم بقانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٥٢ فى شأن تطهير الأداة الحكومية وأنشأ لجانا إدارية ذات اختصاص قضائى للبت فى بعض الجرائم التى تكفل بعض الضمانات للحرية الشخصية، وخولها بعض الاختصاصات القضائية التى يتمتع بها قاضى التحقيق وغرفة الاتهام، ومنحها سلطة اتخاذ إجراءات تمس الحرية الشخصية دون ضمان يحد من الإفراط فى هذا المساس، وصاحبت الظروف

الاستثنائية لنشوء الثورة الإنقاص من الضمان القضائى، فشكلت المحاكم الاستثنائية بالقانون رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٥٢ فى شأن جريمة الغدر، والأمر الصادر من مجلس قيادة الثورة فى ١٦ سبتمبر سنة ١٩٥٣ بإنشاء محكمة الثورة، وكانت المحاكمة أمام هاتين المحكمتين تتم وفقا لإجراءات خاصة، ودون مراعاة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إذ أجيزت محاكمة المتهمين أمامهما عن أفعال لم يكن معاقبا عليها من قبل ارتكابها.

وصدر المرسوم بقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية الذى انتزع من قاضى التحقيق سلطة التحقيق الابتدائى وأسنده إلى النيابة العامة. ثم صدر القانون رقم ٢٨٠ لسنة ١٩٥٣ فعدل قانون الإجراءات الجنائية مخولا النيابة العامة سلطة إصدار الأوامر الجنائية أسوة بالقضاة. كما جرت بعد ذلك عدة تعديلات على قانون الإجراءات لتدعيم سلطة الدولة وموظفيها، وذلك عن طريق منح الموظف العام المتهم بجريمة وقعت فى أثناء تأدية وظيفته أو بسببها بعض الضمانات التى تحد من حرية النيابة العامة فى رفع الدعوى الجنائية عليه أو التحقيق معه أو استئناف الأمر الصادر بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية قبله (المواد ٦٣، ٦٤، ٢١٠ إجراءات المعدلة طبقا للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥٦).

وفى عام ١٩٦٤ صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة، وقد أضعف هذا القانون نطاق الحقوق والحريات الأساسية، فقد خول لرئيس الجمهورية عند قيام حالة تنذر بتهديد سلامة النظام السياسى أو الاجتماعى للبلاد، أن يأمر بالقبض على أى شخص واعتقاله متى توافرت عند صدور هذا الأمر أسباب جدية تنبئ بخطورته، وكان من إحدى الفئات المذكورة على سبيل الحصر والتى سبق أن مستها الثورة (المادة ١). وقد سمحت هذه السلطة باعتقال المتهمين بارتكاب جرائم معينة رغم القضاء ببراءتهم بواسطة المحاكم المختصة. كما نص هذا القانون على إعفاء النيابة العامة عند تحقيق بعض الجنايات الهامة من مراعاة كثير من الضمانات التى ينص عليها قانون الإجراءات الجنائية لحماية الحرية الشخصية. وقد بلغ الأمر إلى حد تخويل النيابة العامة سلطة الحبس المطلق للمتهم (المادة ٢)، وتخويل رئيس الجمهورية حق فرض الحراسة على الأموال والممتلكات (المادة٣). ومما يزيد من خطورة هذا القانون على الحريات أنه كان قائما دائما لا يرتبط تطبيقه بظروف الحرب أو إعلان حالة الطوارئ.

وفى عـام ١٩٦٦ صـدر القـانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بإصـدار قـانون الأحكام العسكرية، ويسرى هذا القانون على المدنيين المتهمين بارتكاب جرائم معينة اعتداء على المصالح العسكرية (المادة ٥)، والجنايات والجنح المضرة بأمن الدولة من جهتى الخارج والداخل والتى تحال إليها بقرار من رئيس الجمهورية (المادة ٦) تقديرا من المشرع إلى أن انتماء هذا القضاء للقوات المسلحة يسمح له بنظر بعض الدعاوى حين تتعرض البلاد لخطر يهدد أمنها، استصحابا على وظيفة القوات المسلحة التى حددها الدستور (المادة ١٨٠)، مع مراعاة أن الدستور قد نص على القضاء العسكرى فى الفصل الخاص بالقوات المسلحة. وقد عنى الدستور فى المادة ١٨٣ على أن ينص على أن القانون يبين اختصاصه فى حدود المبادئ الواردة فى الدستور. وقد نصت المادة (٤٨) من القانون المذكور على أن السلطات القضائية العسكرية وحدها هى التى تقرر ما إذا كان الجرم داخلا فى اختصاصها أم لا؛ غير أن محكمة النقض المصرية أصدرت العديد من الأحكام، أوردت فيها أنه لا يحول بين اختصاص المحاكم العادية وبين الاختصاص بالفصل فى الجرائم المنصوص عليها فى قانون الأحكام العسكرية، مانع من القانون، إذ لا محل للقول باختصاص استئثارى للقضاء العسكرى بها، وأن نص (المادة ٤٨) من القانون المذكور لا يفيد صراحة ولا ضمنا انفراد القضاء العسكرى وحده بنظر الجرائم المنصوص عليها فى قانون الأحكام العسكرية، وانتهت المحكمة إلى أنه لا يتصور أن يثور تنازع إيجابى فى الاختصاص بالجرائم بين المحاكم العادية وبين القضاء العسكرى، أما فى حالة التنازع السلبى، فقد أقرت محكمة النقض باختصاص المحاكم العادية بالفصل فى أية جريمة ترى سلطات القضاء العسكرى عدم اختصاصها بها، باعتبار أن ولاية تلك المحاكم هى ولاية عامة[١].

وفى عام ١٩٦٩ كان الاعتداء الصارخ على استقلال القضاء وحصانته، إذ صدر القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بإعادة تشكيل الهيئات القضائية، وقرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٠٣ بإعادة تعيين رجال القضاء والنيابة العامة، وتضمن

---

(١) نقض جلسة ٢٤ ديسمبر فى عام ١٩٨٥، مجموعة الأحكام س ٣٦ ونقض جلسة ١٥ أكتوبر فى عام ١٩٨٦، و ١٠ فى عام ١٩٨٦ ص ١٠٢٠ و ١٣ إبريل فى عام ١٩٨٨ فى الطعن رقم ٥٨٤ لسنة ٨٥.

كل من القرارين عزل بعض رجال القضاء، وكان من بينهم قضاة ممن حكموا ببراءة المتهمين فى بعض القضايا السياسية.

وفى ١١ سبتمبر فى سنة ١٩٧١ صدر الدستور المصرى، لكى يؤكد احترام ضمانات الحرية الشخصية، وخاصة القبض والتفتيش والحبس الاحتياطى(١).

وبصدور هذا الدستور نسخت النصوص الواردة فى قانون الإجراءات الجنائية والمتعارضة مع الدستور. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه لا يطهر نصوص هذا القانون من عيب عدم الدستورية ما نصت عليه (المادة ١٩١) من الدستور من أن كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا ونافذا، استنادا إلى أن: «نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة من قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى القواعد الآمرة، ومن ثم فإن ذلك النص لا يعنى سوى مجرد استمرار نفاذ هذه القوانين واللوائح دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب ودون تحصينها ضد الطعن بعدم الدستورية شأنها فى ذلك شأن التشريعات التى تصدر فى ظل الدستور القائم. فليس معقولا بأن تكون تلك التشريعات بمنأى عن الرقابة التى تخضع لها التشريعات التى تصدر فى ظل الدستور ونظمه وأصوله المستخدمة مع أن رقابة دستوريتها أولى وأوجب»(٢).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ فى القضية رقم ٥ لسنة ٤ القضائية «دستورية» الذى قضى بعدم دستورية المادة (٤٧) من قانون الإجراءات الجنائية التى تبيح لمأمور الضبط القضائى فى حال التلبس تفتيش منزل المتهم، لتتفق مع المادة (٤٤) من الدستور التى تنص على أن «للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها

---

(١) انظر الباب الثالث من الدستور بشأن الحريات والحقوق والواجبات العامة.

(٢) انظر أحكام المحكمة العليا والصادرة فى ٦ نوفمبر فى سنة ١٩٧١ (الدعوى رقم ٢ لسنة ١ قضائية عدم دستورية، والدعوى رقم ٦ لسنة ١ قضائية عدم دستورية، والدعوى رقم ٩ لسنة ١ قضائية عدم دستورية منشورة جميعا فى الجريدة الرسمية العدد رقم ٤٦ الصادر فى ٢٢ نوفمبر فى سنة ١٩٩١).
قارن نقض ٨ أكتوبر فى سنة ١٩٧٢ مجموعة الأحكام س ٢٣ رقم ٢١٨ ص ٩٧٩، فقد أجاز هذا الحكم القبض والتفتيش بواسطة مأمور الضبط القضائى بناء على مجرد الدلائل الكافية طبقا للمادة ٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية قبل تعديله بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٢ رغم أن المادة ٤١ من الدستور تقصر هذا الحق على القاضى والنيابة العامة فقط فيما عدا حالة التلبس، وذلك بحجة أن قانون الإجراءات الجنائية لم يتناوله الدستور بالتعديل.

ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون» تأسيسا على أن المادة الأخيرة لم تستثن حالة التلبس من ضرورة صدور أمر قضائى مسبب ممن له سلطة التحقيق أو من القاضى المختص بالتفتيش سواء قام الآمر بنفسه أم أذن لمأمور الضبط القضائى بإجرائه . كما طبقت محكمة النقض هذا المبدأ من تلقاء نفسها قائلة : إن الدستور قد قضى فى (المادة ٤٤) منه على صون المسكن وإطلاق حظر دخوله أو تفتيشه إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون، وأن ما نصت عليه المادة ١٩١ من الدستور من أن «كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا نافذا ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور» لا ينصرف حكمها إلا بالنسبة إلى التشريع الذى لم يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته، بغير حاجة إلى تدخل من الشارع». واستطردت محكمة النقض من ذلك قائلة : «إن حكم (المادة ٤٧) من قانون الإجراءات الجنائية يعتبر منسوخا ضمنا بقوة الدستور نفسه منذ العمل بأحكامه دون حاجة إلى صدور قانون أدنى»[(١)] .

ونحن نؤيد المنطق القانونى لمحكمة النقض، فطالما أن النص الدستورى يعد صالحا للتطبيق مباشرة، فإنه ينسخ النص التشريعى السابق له . أما إذا كان النص الدستورى غير صالح للتطبيق مباشرة، فإن القول بأن النص التشريعى السابق عليه يعد مخالفا للدستور هو محل نظر فى رأينا ويخالف حكم المادة ١٩١ من الدستور الذى اعتبر النصوص السابقة عليه صحيحة ونافذة، وخاصة إذا كان هذا النص متفقا مع حكم الدستور الذى وضع فى ظله . يؤكد ذلك أن المحكمة الدسترية العليا لا تراقب امتناع المشرع عن إصدار قاعدة قانونة معينة استيفاء لما تطلبه الدستور[(٢)] .

---

(١) نقض ٢٠ نوفمبر فى سنة ١٩٨٥ مجموعة الأحكام س ٢٦ رقم ١٨٨ ص ١٢٧، انظر أيضا وبناء على ذات الأسباب نقض ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣، مجموعة الأحكام س٤٤ رقم ١٠ ص ٧٠٣ الذى قضى بأن المادة ٤١ من الدستور نسخت بقوة الدستور المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية .

(٢) انظر مؤلفنا فى الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية ٢٠٠٠، ص ٢٢٦-٢٣٦، وخاصة ص ٢٣٢ وما بعدها (بند ٧٨) . وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على عدم مد رقابتها الدستورية على التشريعات الصادرة قبل التعديل الدستورى الصادر سنة ١٩٨٠ بسبب عدم الالتزام بما نصت عليه المادة الثانية من الدستور من اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع إلا بالنسبة إلى ما يصدر من تشريعات بعد العمل بهذا التعديل الدستورى (دستورية عليا فى ٢٧ مايو سنة ١٩٨٩، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٤ قاعدة رقم ٣٢ ص ٤٨، ٥ سبتمبر سنة ١٩٩٢، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثانى) قاعدة ٣و٤ ص ٣١-٤٠ .

وفى عام ١٩٧٢ صدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ بتعديل بعض النصوص المتعلقة بضمان حريات المواطنين فى القوانين القائمة ، وكان من مهمة هذا القانون تعديل بعض نصوص الإجراءات الجنائية حتى تتفق مع مبادئ الدستور الجديد . وصدر القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بتعديل قانونى العقوبات والإجراءات الجنائية[١] ، فاستحدث نظامى الصلح والتصالح ، وعدل نظام الأوامر الجنائية ، وأجرى تعديلات على نظام الدعوى المباشرة . وبهذا التعديل الأخير يكون قد طرأ على قانون الإجراءات الجنائية حتى الآن ٤٤ تعديلا .

وقد شكلت الحكومة لجنة لإعادة النظر فى قانون الإجراءات الجنائية[٢] ظلت تعمل زهاء عشر سنوات وانتهت من إعداد مشروع لهذا القانون فى عام ١٩٩٧ لم تتقدم به الحكومة بعد إلى مجلس الشعب ، ولاشك أن الحاجة ملحة فى إعادة نظر شاملة لهذا القانون حتى يصدر فى ثوب جديد يتفق مع المبادئ التى أرساها الدستور المصرى[٣] ويواجه كثيرا من المشكلات العملية .

١٠٥ ـ الشرعية الدستورية وقانون الإجراءات الجنائية

تؤثر الشرعية الدستورية فى قانون الإجراءات الجنائية من خلال إطار التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة ، وذلك بالنظر إلى ثلاثة محاور ، هى :

(١) القانون الدستورى كعامل فى تحديد شرعية قانون الإجراءات الجنائية من حيث المصدر ، حيث تتطلب المبادئ الدستورية عدم جواز النص على الإجراءات الجنائية إلا بقانون .

(٢) القانون الدستورى كعامل فى توجيه قانون الإجراءات الجنائية من حيث المضمون ، حيث يتعين على هذا القانون الالتزام بما نص عليه الدستور بشأن الأصل فى البراءة ، وضمانات المحاكمة المنصفة فى جميع مراحلها .

---

(١) الجريدة الرسمية فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٩٨ العدد ٥١ مكررا .

(٢) برئاسة المستشار عبد العزيز الجندى النائب العام الأسبق وعضوية عدد من أساتذة الجامعات ورجال القضاء والمحاماة .

(٣) صدر قرار وزير العدل رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٨٨ بتشكيل لجنة لتعديل قانون الإجراءات الجنائية والقوانين المكملة له .

(٣) القانون الدستورى كعامل فى تحديد الجهة التى تنهض بالإجراءات الجنائية ، فيكفل الضمان القضائى في هذه الإجراءات وهى القضاء ويحدد ضماناته من حيث الحيدة والاستقلال .

ومن خلال هذه المحاور يكفل قانون الإجراءات الجنائية الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، وذلك فى إطار التوازن بينها وبين المصلحة العامة .

وقد تجلى المحور الأول عند دراسة الشرعية الجنائية فى القسم الأول من هذا المؤلف .

أما المحور الثانى فيتجلى من خلال أصل البراءة والمحاكمة المنصفة ، على النحو الذى سنبينه فى البابين الأول والثالث من هذا القسم .

ويتمثل المحور الثالث من خلال الضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية ، وهو ما سوف نبحثه فى الباب الثانى من هذا القسم .

ويتضح مما تقدم أن التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة هو الإطار العام الذى يبين ملامح الشرعية الدستورية فى قانون الإجراءات الجنائية .

الباب الأول

الأصل فى المتهم البراءة

الفصـــل الأول
أساس أصل البـراءة وطبيعتـه

١٠٦ـ أصل البراءة حق يحميه الدستور

يشير الأصل فى المتهم البراءة إلى حالة يمر بها المتهم، قبل أن يثبت قضائيا عدم سلامة الاتهام المنسوب إليه وقبل أن يتم التحقق من إدانته. ويعتبر هذا الأصل مبدأ أساسيا فى النظام الديمقراطى، ومفترضا من مفترضات المحاكمة المنصفة. وقد وصفه مجلس اللوردات البريطانى بأنه خيط ذهبى فى نسيج ثوب القانون الجنائى(١).

وأيا كان اختلاف القوانين فى وضع أصل البراءة فى الهيكل الهرمى للنظام القانونى، فإنه يعتبر من حقوق الإنسان، ومن الحقوق «الأساسية» فى الدساتير التى أخذت بهذا التعبير، ومن الحقوق التى تنال الحماية الدستورية. فقد نص الإعلان العالمى لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ على أن كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا حتى تثبت إدانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات للدفاع عنه (١١/ ١). وكما أكد هذا المبدأ العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية الذى وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٦٦ بإجماع الآراء (المادة ١٤). ونصت عليه الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية لسنة ١٩٥٠ (المادة٦)(٢).

---

(١) J Spencer, "Le droit anglais" Revue International de droit pénal, 1992 (vol. 1 et 2) "la preuve en procédure pénal comparée, p 83 et 90.

(٢) وقد أكدته العديد من أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (انظر:

ونص عليه إعلان الثورة الفرنسية عن حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ (المادة ٩٩)، وأكده مشروع حقوق الإنسان والشعب فى الوطن العربى الذى وضعه مؤتمر الخبراء العرب الذى انعقد فى المعهد الدولى للدراسات العليا فى العلوم الجنائية فى سيراكوزا فى ديسمبر سنة ١٩٨٥، إذ نص فى (المادة ٥/ ٢) على أن المتهم برىء حتى تثبت إدانته بحكم قضائى صادر من محكمة مختصة.

وقد أكد المجلس الدستورى الفرنسى القيمة الدستورية لما أسماه بقرينة البراءة[١] فقرر عدم دستورية قانون العفو عن الجريمة «amnistie» إذا لم يسمح المشرع للمشتبه فى ارتكابهم الجريمة بإثبات براءتهم استنادا إلى أن العفو جاء سابقا على الحكم بالإدانة، وذلك استنادا إلى أن العفو لا يجوز أن يوصد باب المطالبة بالبراءة أمام القضاء، وأن المشرع لا يجوز له بأية حال أن يضع عقبة أمام طلب رد الاعتبار أو طلب إعادة النظر أمام المحكمة المختصة التى تهدف إلى إثبات براءة المحكوم عليه[٢]. وقد أكد المجلس الدستورى الفرنسى على أنه لا يجوز للمشرع أن يقصر الاستفادة من «قرينة» البراءة على المتهم وحده، بل يجب أن يستفيد منها كل فرد، وعلى أنه يتعين على كل من المشرع والقاضى الالتزام بها[٣].

ويعد هذا الأصل مبدأ أساسيا لضمان الحرية الشخصية للمتهم، ومقتضاه أن كل

CEDH, 23 Avril 1998, Bernardc/ France
CEDH, 25 Mars 1983, Minelli/ Swssc
CEDH, 10 Févr. 1995, Allenet de Ribemontc/ France
مشار إليها فى: Serge Guinchard et Jacques Buisson, op. cit., p. 290.

(١) ويعد هذا المبدأ جزءا من الدستور الفرنسى بحكم النص على إعلان حقوق الإنسان والمواطن فى مقدمة هذا الدستور. وقد أكده القانون الفرنسى رقم ٥١٦ الصادر فى ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ بتعزيز حماية «قرينة البراءة» وحقوق المجنى عليهم، الذى أحدث تعديلا فى قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى بمقتضاه أضيفت مادة أولى إلى هذا القانون نصت فقرتها الثالثة على افتراض البراءة فى المتهم. وكان قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى منذ قانون ٤ يناير سنة ١٩٩٣ يقرر حماية هذه القرينة.

(٢) وانظر أيضا من قرارات المجلس الدستورى:

Déc. no 80 - 127. Dc. - 8 Juill. 1989 d'c. no 89 - 258. Dc - 2 Fevr. 1995, déc. no 95 - 360. Dc - Recueil de juisprudence constitutionel 1959 - 1997, Décisions réunies par Louis Favoreu, Litec 1994 et 1998, p. 91, 361 et 362.

(٣) قضى بأن فصل القاضى بحكم واحد فى مجموعة من قضايا المخالفات دون أن يجمعها أى ارتباط، وبناء على أسباب غير كافية يعد إنكارا لقرينة البراءة.

(Crim., 19 Mars et 7 Mai 1986. D. 1987, somms. 85, obs. J. Predel).

متهم بجريمة مهما بلغت جسامتها يجب معاملته بوصفه شخصا بريئا حتى تثبت إدانته بحكم قضائى بات. وقد أكد هذا المبدأ الدستور المصرى الصادر فى سنة ١٩٧١ (المادة ٣٤/ ١)، وبعض الدساتير العربية مثل: التونسى (الفصل رقم ١٢)، والسورى (المادة ١٠/ ١)، والليبى (المادة ١٥).

ومفاد أصل البراءة أن كل شخص يفترض أنه يسلك طريقه طبقا للقانون[(١)]. ولكن هذا الأصل قابل لإثبات العكس بطبيعة الحال.

ومن قبل تأكد هذا المبدأ فى أصول الشريعة الإسلامية الغراء، حيث ورد فى الحديث الشريف «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله، فإن الإمام لأن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة».

١٠٧ ـ تاريخه

كانت المجتمعات البدائية تخضع لتأثير المعتقدات الدينية. ووفقا لذلك كان المتهم تفترض فيه الإدانة، وكان إثبات البراءة عبئا عليه، ونظرا لشدة عقوبة اليمين الكاذبة، فقد كان اليمين يعتمد أساسا على قيمة اليمين التى يحلفها المتهم مؤيدة ببعض التعاويذ الدينية، وفى كثير من الأحيان، كان العقاب يعتمد على التحكيم الإلهى المتمثل فى اتخاذ إجراءات ماسة بالحرية مثل التعذيب والتقاتل[(١)].

وفى القانون الرومانى، حينما كانت المحاكمة تتم بإجراءات شفوية علنية كان الأصل فى المتهم البراءة، وعلى سلطة الاتهام إثبات العكس، وعندما اختفى نظام الإجراءات الشفوية العلنية، وحلت محلها الإجراءات المكتوبة، أصبح من سلطة القاضى أن يطلب من المتهم تقديم إيضاحات عن موقفه وإلقاء عبء الإثبات عليه، وذلك عن طريق افتراض الجرم فى حقه.

---

(١) Colloque de l'Institut de formation continue du Barreau de Paris (IFC), Le systéme de la preuve en droit pénal (Paris, le 2 Décembre 1998), Revue de science criminelle et droit pénal comparé, 1999, no. 2, p. 437 - 438.

(٢) lévy - Bruth, La preuve judiciaire, Paris,1963, p. Garraud, Traité théorique d'instruction criminelle et de procédure pénale, Paris,1907-1928 tome1,No.12, p.14.

على أن قوانين الإجراءات الجنائية الوضعية لم تتبع فى تطورها خطا واحدا مستمرا. فقد تأثر موقفها إلى حد كبير بطبيعة النظام الإجرائى الذى تعتنقه[1]، وهو ما يتوقف على نظامها القانونى للحريات العامة.

ففى ظل النظام الاتهامى، كان مجرد توجيه الاتهام يمثل مساسا بالحرية الفردية، ويلزم ممثل الاتهام بتقديم الدليل على صحة دعواه. وكان يفترض فى المتهم البراءة حتى يثبت عكسها، ولذلك كانت ضمانات الحرية الفردية هى السمة التى يتطبع بها هذا النظام. فكما قالت المحكمة الدستورية العليا فى مصر لا يعدو أن يكون افتراض براءة المتهم، أن يكون استصحابا للفطرة التى جبل الإنسان عليها، وهو كذلك وثيق الصلة بالحق فى الحياة، وبدعائم العدل التى تقوم على قواعدها النظم المدنية والسياسية جميعها. ومن ثم، كان أصل البراءة جزءا من خصائص النظام الاتهامى[2].

ومنذ القرن الثالث عشر بدأ النظام الاتهامى فى الاضمحلال، ليفسح المكان لنظام التحرى والتنقيب الذى تأكد تطبيقه بصورة كاملة منذ القرن السادس عشر ووضحت معالمه بوجه خاص فى القرن السابع عشر. وفى هذا النظام حلت قرينة الإثم أو الإذناب "présomption de culpabilité" محل أصل البراءة. وقد تغلبت مصلحة المجتمع فى البحث عن الدليل لمعرفة الحقيقة على مصلحة الفرد فى حماية حريته الأساسية، فكان عبء الإثبات يقع على النيابة العامة والقاضى. ولم يكن على المتهم عبء إثبات براءته إلا فى الجرائم الجسيمة مثل الشعوذة والسحر. والواقع من الأمر فى هذا النظام الإجرائى، رغم إلقائه عبء الإثبات فى معظم الجرائم على عاتق النيابة العامة والقاضى، إلا أنه لم يفترض براءة المتهم فيما يتعلق بالإجراءات الماسة بالحرية. ففى هذا الصدد افترض فيه الجرم، فكان الأصل فى التحقيق هو القبض والحبس الاحتياطى حتى قيل بأن «من لا يبدأ بالقبض سوف يفقد المجرم». وعلى الرغم من تمتع المتهم ببعض الضمانات فى هذا النظام

---

(1) Sasserath, procédure accusatoire et procédure inquistoriale, Rev Sc. Crim, 1925. p.et S
Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France. Paris, p. 43 et s.
H. Faustin, Traité d'instruction criminelle, 2 ème édition, Paris. 1866 - 1867, Tome IV No. 1555 et 1560.

(2) دستورية عليا فى ٣ يناير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد (٣) فى ١٥ يناير سنة ١٩٩٨.

الإجرائى إلا أن افتراض الجرم فى حقه أدى إلى مصادرة جانب كبير من حريته الفردية لصالح الاتهام. ويمكن القول بأن هذا النظام قد أخذ بكل من أصل البراءة وقرينة الجرم فى حدود معينة. فبالنسبة إلى عبء الإثبات، الأصل فى المتهم البراءة، ومن ثم فهو ليس مكلفا بإثبات براءته. أما بالنسبة إلى الحرية الفردية، فالأصل فى المتهم هو الجرم ولذلك لا يجوز إهدار حريته الفردية فى أثناء التحقيق حتى يثبت عكس هذا الأصل.

ومنذ القرن الثامن عشر بدأت الانتقادات توجه إلى مظاهر المساس بالحرية الفردية فى النظام الإجرائى، وانتشرت الأفكار الفلسفية التى تنادى باحترام هذه الحرية الفردية، ففى إيطاليا نادى بيكاريا فى كتابه (الجرائم والعقوبات) لسنة ١٧٦٤ بأنه لا يجوز وصف شخص بأنه مذنب قبل صدور حكم القضاء، وأنه لا يجوز للمجتمع أن يسحب حمايته إياه قبل إتمام محاكمته عن الجريمة المنسوبة إليه[١].

وانتقد بيكاريا بشدة استعمال التعذيب عند التحقيق مع المتهم، قائلا إن من نتائجه الغريبة أن يكون المجرم فى وَضْع أحسن حالا من البرىء، لأن الثانى قد يعترف بالجريمة تحت وطأة التعذيب فتتقرر إدانته، أما الأول فإنه قد يختار بين ألم التعذيب وألم العقوبة التى يستحقها فيختار الألم الأول لأنه أخف لديه من ألم العقاب فيصمم على الإنكار وينجو من العقوبة[٢]. وقال مونتسكيو فى كتابه (روح القوانين) بأنه عندما لا تضمن براءة المواطنين فلن يكون للحرية وجود[٣].

وقد جاء إعلان حقوق الإنسان الصادر فى سنة ١٧٨٩ إبان الثورة الفرنسية مؤكدا مبدأ الأصل فى الإنسان البراءة حتى تتقرر إدانته (المادة ٩)، ثم تأكد هذا المبدأ بعد ذلك فى الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر فى سنة ١٩٤٨، وفى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٥٠ (المادة ٦)، وفى العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦ (المادة١٦)، وكما بينا من قبل فإن الشريعة الإسلامية فى القرن السابع الميلادى عرفت هذا المبدأ من قبل أن تعرفه الحضارة الغربية.

ويعد هذا المبدأ من الأصول الأساسية فى النظم الإجرائية المعاصرة. وقد انتكس

---

(١) BECCARIA, Introduction de MARC ANCEL et G.STRFANI, éd cujas, Paris, 1966, 82.

(٢) BECCARIA, op. cit., p. 85.

(٣) Montesquieu, De l'ésprit des lois, éd. Garnier, 1965, livre, XII, Chap. II, p.196 et s.

هذا المبدأ فى العهود التى لم تنل فيها الشرعية احترامها الواجب . وقد تجلى ذلك فى الاتحاد السوفييتى فى عهد ستالين، وخاصة فى سنة ١٩٣٠ فيما يتعلق بجنايات الاعتداء على الثورة. فقد كان من المقرر فى هذه الجرائم بأن الاتهام يعد أساسا كافيا للاقتناع، وأن اعتراف المتهم بالإضافة إلى ذلك - يعتبر دليلا ملائما للإدانة لأنه - كما يقال زعما - لا يمكن أن يعترف أحد بمثل هذه الجنايات ما لم يكن مذنبا فى حقيقة الواقع .

١٠٨ - الأساس الدستورى لأصل البراءة

يعد هذا الأصل ركيزة أساسية للشرعية الدستورية فى قانون الإجراءات الجنائية . وتتوافق هذه الركيزة مع الركيزة الأولى للشرعية الدستورية فى قانون العقوبات، وهى شرعية الجرائم والعقوبات، ذلك أن تطبيق قاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانونى» يفترض حتما قاعدة أخرى، هى افتراض البراءة فى المتهم حتى يثبت جرمه وفقا للقانون . وقد عنى البعض[١] عند التعليق على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، بأن يشير صراحة إلى أن المعنى الحقيقى لقاعدة «شرعية الجرائم والعقوبات» يتمثل فى ضمان أصل البراءة لكل متهم .

هذا ، وقد أكد المؤتمر الذى عقدته الجمعية الدولية لرجال القانون فى نيودلهى فى عام ١٩٥٩ أن تطبيق مبدأ الشرعية ينطوى على الاعتراف بقاعدة أن المتهم تفترض براءته حتى تتقرر إدانته[٢] .

وقد ذهب البعض[٣] إلى أن أصل البراءة مثال واضح للحيلة القانونية[٤] وخاصة عند التلبس بالجريمة . فمن الناحية الواقعية يبدو واضحا أن القانون قد وضع

---

(١) KAREL VASAK, La convention Européenne droits de l'homme, Paris 1964, p . 48-49.

(٢) Vasak, op. p. 18.

(٣) انظر : R. Koering - Joulin, La presomption d'innocence (La présomption d'innocence en droit comparé, collogue du 16 janvier 1998, pp. 24-26. Société de législation comparé, 1998, pp. 24-26.

(٤) قال العميد Corni إن الحيلة القانونية هى أحد أكاذيب القانون "Un mensonge de la loi"
Vocabulaire juridique, Association H capitant, 3 éd., Revue puf, 1987, v. "fiction"
Serge Guinchard et Jacques Buisson, Procédure pénale, Litec, 2000, p. 290.

بهذا الأصل قناع البراءة على المتهم بغض النظر عن الوقائع المنسوبة إليه وأدلتها، بقصد ترتيب نتائج قانونية معينة . وتبدو هذه النتائج فى الحرية الشخصية التى يجب أن يتمتع بها المتهم خلال الخصومة الجنائية، والتى يترجمها القانون إلى ضمانات لتوفير محاكمة منصفة . كما أن أصل البراءة يؤثر فى قواعد الإثبات فيخضع المتهم للمعاملة التى تتفق على افتراض براءته . على أن القانون لا يثبت عند منطق الحيلة القانونية، فيضع ثغرة تتخلل هذا المنطق حين تتطلب ضرورة التحقيق تقييد حرية المتهم فى حدود معينة قبل الحكم بإدانته . على أن هذا الرأى مردود عليه بأن أصل البراءة حق من حقوق الإنسان وليس أمرا مصطنعا، بل هو ضمان لا غنى عنه فى الديمقراطية التى لا تقوم إلا على احترام حقوق الإنسان .

وبالنسبة إلى الشرعية الدستورية فى قانون الإجراءات الجنائية فإن حماية الحقوق والحريات التى كفلها الدستور لكل مواطن، تفترض براءته إلى أن تثبت إدانته فى محاكمة منصفة . وإذا كانت قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات قد أكدت أن الأصل فى الأشياء الإباحة وأن الاستثناء هو التجريم والعقاب، فإنه استنتاجا من هذا الأصل، يجب النظر إلى الإنسان بوصفه بريئا، فكلاهما وجهان لعملة واحدة(١) . ولا تنتفى هذه البراءة إلا عندما يخرج الإنسان من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم، وهو ما لا يمكن تقريره إلا بمقتضى حكم قضائى وفقا للدستور(٢) . فهذا الحكم هو الذى يقرر إدانة المتهم فيكشف عن ارتكابه الجريمة . لذا حق القول بأن المتهم برىء حتى تتقرر إدانته . والاعتماد على الحكم وحده لدحض أصل البراءة يُبنى على أن القضاء هو الحارس الطبيعى للحرية، فيملك بناء على هذا الأصل تحديد المركز القانونى للمحكوم عليه بالنسبة إلى الحقوق والحريات . فيكون الانتقاص من هذه الحقوق والحريات هو الجزاء الجنائى المترتب على إدانته بالجريمة التى ارتكبها . ولهذا أصبح أصل البراءة أحد الركائز الجوهرية التى لا تقوم المحاكمة المنصفة بدونها، وأمرًا لازمًا لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة(٣) . وفى هذا المعنى قضت المحكمة

---

(١) ولهذا قيل بأن البراءة تتفق مع طبيعة الأشياء : Rossi; Commentaires sur J. Bentham, Traité des preuves judiciaires, 2ème éd, Paris, 1830, II, pp. 23 et 24.

(٢) وذلك طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات ، ولأن القضاء هو الحارس الطبيعى للحريات .

(٣) انظر فى عرض هذه الاعتبارات

J Essaid; La présomption d'innocence, thése dacty, Paris, 1969, pp. 75 - 82.

الأوروبية لحقوق الإنسان أن «قرينة البراءة» هى إحدى عناصر المحاكمة الجنائية المنصفة(١).

وقد ساق الفقه(٢) بعض الاعتبارات المكملة تأييدا لهذا الأصل العام يمكن إجمالها فيما يلى :

(١) حماية أمن الأفراد وحريتهم الفردية ضد تحكم السلطة عند افتراض الجرم فى حق المتهم.

(٢) تفادى ضرر لا يمكن تعويضه إذا ما ثبت براءة المتهم الذى افترض فيه الجرم وعومل على هذا الأساس.

(٣) يتفق هذا الأصل العام مع الاعتبارات الدينية والأخلاقية التى تهتم بحماية الضعفاء.

(٤) يسهم هذا الأصل فى تلافى الأخطاء القضائية بإدانة الأبرياء، وخاصة أن هذه الأخطاء تفقد الثقة فى النظام القضائى فى نظر المجتمع.

(٥) استحالة تقديم الدليل السلبى، وفى هذا الشأن يقول بعض الفقهاء إنه إذا لم تفترض البراءة فى المتهم، فإن مهمة هذا الأخير سوف تكون أكثر صعوبة لأنه يلتزم بتقديم دليل مستحيل وفقا للقواعد المنطقية، فالمتهم سوف يكون ملزما بإثبات وقائع سلبية، وهو دليل يستحيل تقديمه. ويترتب على ذلك أن يصبح المتهم غير قادر على إثبات براءته مما يؤدى إلى التسليم بجرمه حتى ولو لم يقدم ممثل الاتهام دليلا عليه(٣).

١٠٩ ـ الاعتراضات الموجهة إلى أصل البراءة

انتقد مؤسسو المدرسة الوضعية فى القانون الجنائى أصل براءة المتهم بسبب

---

(١) CEDH, 23 Avril 1998, Bernard C/France.

(٢) دستورية عليا فى ٣ يناير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٣) Polkansky; La présomption d'innocence dans la procédure pénale soviétique, Rev l'Etat et le droit sovietque No.9 Septembre 1949, p. 3 et s.

طبيعته المطلقة التى تؤدى فى نظرهم إلى نتائج مبالغ فيها، وتتمثل أهم هذه الانتقادات فيما يأتى[١]:

(١) افتراض البراءة لا يصلح إلا بالنسبة إلى المجرم بالصدفة أو بالعاطفة، ويتعين رفضه بالنسبة إلى المجرم بالميلاد والمجرم المحترف.

(٢) يؤدى افتراض البراءة فى المتهم إلى منح المجرمين نوعا من الحصانة غير المرغوب فيها مما يضر بالمجتمع.

(٣) أثبت العمل دحض هذا الافتراض لأن معظم المتهمين تتقرر إدانتهم.

١١٠ـ الرد على الاعتراضات

يمكن الرد على هذه الاعتراضات بأن التمييز بين أنواع المجرمين لا يرد إلا بعد إثبات إدانتهم وليس فى مرحلة الاتهام، فضلا عن أنه من الخطأ الاعتماد على هذا التقسيم العلمى فى نطاق الإجراءات الجنائية؛ لأن القدرة على تصنيف المجرمين ـ بفرض صحة هذا التصنيف ـ لا يمكن أن تتأتى إلا فى مرحلة متأخرة وبعد بحث دقيق لشخصيتهم[٢]. وليس صحيحا أن افتراض البراءة يعطى للمجرمين نوعا من الحصانات، فهى حصانة للناس جميعا ضد التحكم والتعسف وهى ضمان أكيد للحرية الأساسية للأفراد.

أما القول بأن معظم المتهمين تتقرر إدانتهم، فهو فضلا عما يعوزه من دقة، فإنه مردود من الناحية النظرية بأن الحكم ببراءة بعض المتهمين أكد صحة افتراض براءتهم منذ توجيه الاتهام إليهم. وخير للمتهم أن يفلت من العقاب من أن يدان برىء واحد. وربما لو أهدرنا هذا الافتراض لما حكم ببراءتهم تحت الاعتقاد الخاطىء بإدانتهم. وإذا تحققت إدانة معظم المتهمين المقدمين إلى المحاكمة، فإن ذلك يرجع إلى دقة سلطة الاتهام فى عدم رفع الدعوى الجنائية عليهم إلا بناء على أدلة كافية، وهى دقة معرضة للخطر إذا ما انهار «الأصل فى الإنسان البراءة»، وأصبح من السهل إدانة المتهم بناء على مجرد شبهات.

---

(١) Enrico Ferre; La sociologie criminelle, 2ème édition, Paris, 1914, No. 73, p. 492 et s. 492 et s. Tarde; philosophie pénale, 1900, p. 451.

(٢) Merle et Vitu, Traité, 2 ème édition, Tome II p. 133.

وأخيرا، فإنه إذا تحققت المصلحة العامة عند إدانة المجرمين ومعاقبتهم، فإن هذه المصلحة تتعارض أيضا مع الاعتداء على حريات الأبرياء. والدفاع عن هذه الحريات فى مجال إثبات الإدانة لا يعد قيدا على المصلحة العامة، لأن المصلحة المحمية وهى الحرية الشخصية هى مصلحة تهم المجتمع بأسره ولا تقل أهمية عن المصلحة العامة فى معاقبة المجرمين. وهذا المعنى هو ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية فى قولها «لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بدون وجه حق»[1].

١١١- طبيعة أصل البراءة

ذهب البعض إلى أن «الأصل فى المتهم البراءة» يعد قرينة قانونية بسيطة[2]، والقرينة هى استنتاج مجهول من معلوم، والمعلوم هو أن الأصل فى الأشياء الإباحة ما لم يتقرر العكس بحكم قضائى وبناء على نص قانونى وقوع الجريمة واستحقاق العقاب، والمجهول المستنتج من هذا الأصل هو براءة الإنسان حتى تثبت إدانته بحكم قضائى.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا انتهت إلى أن افتراض البراءة لا يتمحض عن قرينة قانونية، ولا هو من صورها، على أساس أن القرينة القانونية تقوم على تحويل للإثبات من محله الأصلى - ممثلا فى الواقعة مصدر الحق المدعى به - إلى واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها. وهذه الواقعة البديلة هى التى يعتبر إثباتها إثباتا للواقعة الأولى بحكم القانون، وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى البراءة التى افترضها الدستور، فليس ثمة واقعة أحلها الدستور محل واقعة أخرى وأقامها بديلا عنها، وإنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التى جبل الإنسان عليها، فقد ولد حرًا مبرأ من الخطيئة أو المعصية، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة ما زال كامنا فيه، مصاحبا له فيما يأتيه من أفعال إلى أن تنقض محكمة الموضوع بقضاء

---

(١) نقض ٢١ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجموعة الأحكام س ٩ رقم ٢٠٦ ص ٨٣٩، وفى ذات المعنى نقض ٢٥ يناير سنة ١٩٦٥ س ١٦ رقم ٢١ ص ٨٧ و ٢١ يناير سنة ١٩٦٧ س ١٨ رقم ٢٤ ص ١٢٨ و ١٥ فبراير سنة ١٩٨٤ س ٣٥ رقم ٣١ ص ١٥٣.

(٢) ESSAID, La présomption d'innocence, Thése, op. cit., pp.73 et 74.
وانظر مؤلفنا فى الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٦ ص ١٨٦.

جازم - لا رجعة فيه - هذا الافتراض، على ضوء الأدلة التى تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التى نسبتها إليه فى كل ركن من أركانها، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها[1]. ولهذا انتقدنا الرأى الذى نادى باعتبار أصل البراءة (أو قرينته) حيلة قانونية قائمة على الاصطناع.

وقد أكد الدستور المصرى لسنة ١٩٧١ هذا الأصل، فنصت مادته السابعة والستون على أن «المتهم برىء حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه» وقد سلم بهذا الأصل كل من النظام القانونى الأنجلوسكسونى والنظام القانونى اللاتينى[2]. وقد صدر مؤخرا القانون الفرنسى رقم ٥١٦ الصادر فى ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ بتعزيز حماية قرينة البراءة وحقوق المجنى عليه، وتعديل قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من هذا القانون على أن كل شخص مشتبه فيه أو متهم تفترض براءته طالما لم تتقرر إدانته.

ولا يكفى لدحض هذا الأصل أدلة الإثبات الواقعية المقدمة من النيابة العامة، وبواسطة الإجراءات التى يباشرها القاضى الجنائى بحكم دوره الإيجابى فى إثبات الحقيقة. بل يظل هذا الأصل قائما رغم الأدلة المتوافرة والمقدمة من أجل دحضه، حتى يصدر حكم قضائى بات يفيد إدانة المتهم. فالقانون يعتبر الحكم القضائى البات عنوان حقيقة لا تقبل المجادلة.

وبهذا الحكم ينقض أصل البراءة وتتوافر قرينة قاطعة على حقيقة ما قضى به الحكم. وهذه القرينة القاطعة وحدها هى التى تصلح لإهدار الأصل فى المتهم البراءة إذا كان الحكم البات قاضيا بالإدانة. فلا يكفى إذًا لدحض هذا الأصل مجرد قرائن الإثبات الأخرى، سواء كانت من القرائن القانونية - البسيطة أو القاطعة - أو القضائية. وهذا الأصل العام تمتد آثاره إلى كل من إثبات الجريمة أو إثبات أسباب الإباحة أو موانع المسئولية.

ولما كانت إدانة المتهم تتوقف على انتفاء الإباحة وعدم توافر موانع المسئولية. فإنه على النيابة العامة فى مقام الإثبات أن تقدم ما ينقض أصل البراءة الذى لا يكون إلا

---

(١) دستورية عليا فى ٣ يولية سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٥ سنة ١٦ قضائية «دستورية».

(٢) انظر تقريرا عن بلاد Common law عن البلاد الأوروبية فى المجلة الدولية لقانون العقوبات لسنة ٦٤ (١٩٩٢) ص ٣٣، ٥٥.

من خلال حكم قضائى بات بإثبات وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم تتأكد فيه مسئوليته وعدم توافر أحد أسباب الإباحة[1].

وأصل البراءة ليس إلا تأكيدا لأصل عام هو حرية المتهم، مما يترتب عليه ضرورة حماية جميع الحقوق والحريات، والتى بغيرها يفقد أصل البراءة معناه، لأن الحرية لا يمكن أن ترتفع من خلال انتهاكات للحقوق والحريات التى تكون معها وحدة متكاملة هى كرامة الإنسان. فلا معنى لأصل البراءة إذا أجريت المحاكمة من خلال إجراءات لا تحترم فيها حقوق الدفاع. وهذا هو ما أدركته توصيات الحلقة التمهيدية للمؤتمر الدولى الخامس عشر لقانون العقوبات المنعقدة فى أسبانيا فى مايو سنة ١٩٩٢ التى بحثت موضوع حركات إصلاح الإجراءات الجنائية وحماية حقوق الإنسان. وقد ظهر هذا المعنى واضحا فيما نصت عليه (المادة ٦٧/ ١) من الدستور المصرى التى أوجبت أن تثبت إدانة المتهم فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه. ومؤدى ذلك أن المحاكمة (القانونية) أى المنصفة - أى التى تحترم فيها سائر حقوق المتهم - شرط لازم لثبوت الإدانة التى تنفى أصل البراءة وهو ما أكده القانون الفرنسى رقم ٥١٦ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تعزيز حماية «قرينة البراءة» وحقوق المجنى عليهم. ومن ثم فإن الأصل لا ينتفى بمجرد إحالة المتهم إلى المحاكمة[2]، بل يتوقف أمر انتفائه على صدور حكم باتّ بالإدانة.

ولما كان أصل البراءة لا يتحقق بدون هذا الحكم فلا يجوز توقيع جزاءات أخرى بديلا عن رفع الدعوى أمام المحكمة، مثل الالتزام بدفع غرامة معينة قبل ثبوت الإدانة بحكم أو الالتزام بدفع مصروفات إجراءات الدعوى قبل المحاكمة، أو توقيع جزاء إدارى بغير ثبوت الإدانة وفقا للقواعد المقررة فى القانون التأديبى.

والأصل أنه، لا يتمتع بأصل البراءة سوى المتهمين بجريمة، إلا أنه - كما لاحظ القضاء الأوربى بعد تردد - فإن أصل البراءة يمكن التمسك به فى مواجهة أى شخص ينسب إليه أحد أجهزة الدولة اتهاما، فلا ينحصر أصل البراءة فى إجراءات الخصومة الجنائية حين تتحرك الدعوى الجنائية، بل ينعكس أيضا على إجراءات

---

(١) انظر توصية ندوة Toled بأسبانيا فى مايو سنة ١٩٩٢ تحضيرا للمؤتمر الدولى الخامس عشر لقانون العقوبات المزمع عقده فى البرازيل سنة ١٩٩٤.

(٢) J. Pradel, Rapport géneral, Rev. Inter. dr. pén, 63 année (1992), p. 15.

الاستدلال، وإجراءات المحاكمة التأديبية، وأكثر من ذلك، فإن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فى استراسبورج أكدت منذ سنة ١٩٦٧ بأنه لا يجوز فى مؤتمر صحفى نظمه وزير الداخلية إثر وقوع جريمة قتل أن يصدر إعلانا للرأى العام بأن شخصا معينا باسمه قد حرض على ارتكاب الجريمة، لما ينطوى عليه هذا الإعلان من انتهاك لأصل (قرينة) البراءة. وعلى هذا النحو، يستفيد من «الأصل فى المتهم البراءة» - من باب أولى - من كان مجرد مشتبه فيه فى مرحلة الاستدلالات(١).

ومن ناحية أخرى، فإن مجرد الحكم البات بالإدانة وحده كاف لسقوط أصل البراءة. أما قدر العقوبة أو نوعها فلا يتعلق بهذا الأصل، فيجوز للقاضى بعد ثبوت الإدانة أن يستمد من شخصية المجرم عناصر لتقدير العقوبة، وهى عناصر لا تصلح لإثبات الإدانة ابتداء، فمجرد سوء سمعة المتهم أو سبق ارتكابه للجريمة لا يصلح دليلا لإدانته عن الجريمة، وإن صلح عنصرا فى تقدير العقوبة. وقد قررت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان المكلفة بتطبيق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أن قرينة البراءة - من الناحية القانونية - لا تقف أمام تشديد العقوبة فى مرحلة الاستئناف(٢). كما أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر أن افتراض براءة المتهم يمثل أصلا ثابتا يتعلق بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها وليس بنوع العقوبة المقررة لها.

(١) CEDH 10 Février 1995, allent de Ribemont c/France
مشار إليه فى مؤلف: Serge Guinchard et Jacquea Bauisson, Procedure, pénale, op. cit., p. 290.

(٢) القرار الصادر فى ٧ فبراير سنة ١٩٦٧، أشار إليه Antoine Buchet, La présomption d'innocence au regard de la convention Européene des droit de l'homme La presomption d'innocence, colloque, op. cit, p. 30

الفصل الثـــانى
نطاق أصل البـراءة

١١٢ـ مضمون أصل البراءة

ومع ذلك ، فقد لوحظ أنه إذا أريد احترام أصل البراءة احتراما حرفيا ، فسوف يضحى اتخاذ الإجراءات الجنائية أمرا مستحيلا(١) . ولهذا فإن المضمون الواقعى العملى لهذا الأصل يتوقف على ضمانات الحقوق والحريات التى تحيط بتطبيق هذه القرينة(٢) . فأصل البراءة يعنى أن المتهم يجب معاملته مثلما يعامل الأبرياء ، ومن ثم فإن الأصل هو تمتعه بجميع الحقوق والحريات التى كفلها الدستور ونظمها القانون . إلا أنه لما كانت نصوص الدستور متكاملة مترابطة ، وكان الدستور كما كفل الحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان كفل أيضا التجريم والعقاب ، (المادة ٦٦ من الدستور) وكفل المحاكمة عن الجرائم حين نص على أنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى (المادة ٦٦ من الدستور) ، فإن الشرعية الدستورية فى الإجراءات الجنائية تتطلب الموازنة بين احترام الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة التى تتوخاها الإجراءات الجنائية التى تمارسها سلطة الاتهام أو التحقيق أو المحاكمة ، بل أيضا سلطة الاستدلال .

ويعد أصل البراءة مجالا لتحديد التوازن بين الأمرين السابقين ، فالمقصود هنا

---

(١) Stefan Trechsel, The protection of human rights in criminal. Procedures, Rev. int droit pénal, 1978, p. 554 et 555

(٢) أكد المؤتمر الثانى عشر لقانون العقوبات المنعقد فى هامبورج سنة ١٩٧٩ أن قرينة البراءة هى مبدأ أساسى فى العدالة الجنائية ، وتتضمن :
(أ) لا يجوز إدانة أحد ما لم تتم محاكمته طبقا للقانون فى محاكمة منصفة (fair trial) .
(ب) لا يجوز توقيع عقوبة جنائية أو أى جزاء مماثل على شخص ما لم تثبت إدانته طبقا للقانون .
(جـ) لا يلتزم أحد بإثبات براءته .
(د) فى حالة الشك يكون القرار لمصلحة المتهم .

هو بحث وضع الشرعية الدستورية فى الإجراءات الجنائية، وليس بحث الشرعية الدستورية على إطلاقها. ولو بحثنا هذه الشرعية خارج مجال الإجراءات الجنائية لوجب دراسة جميع الحقوق والحريات التى تتمتع بالقيمة الدستورية. أما وأن البحث ينصب على الشرعية الدستورية فى مجال الإجراءات الجنائية، فإن دراسة هذه الحقوق والحريات لا تكون بصفة مجردة، وإنما تكون فى ضوء ما تتعرض له من خلال الإجراءات الجنائية. فيكون مقطع البحث وغايته هو معرفة هذه الحقوق فى حالة المواجهة مع الإجراءات الجنائية، فتكون قيمتها الدستورية خير عاصم فى مواجهة المشرع حين يحدد إجراءات الخصومة الجنائية. ويأتى أصل البراءة الذى نص عليه الدستور ليحدد إطار المواجهة بين حقوق يحميها الدستور وإجراءات جنائية ترتكز على أساس الدستور.

ويتعين التوفيق بين الأمرين واحترامهما معا دون تفريط فى أحدهما على حساب الآخر. ويتم هذا التوفيق عن طريق الاعتماد على أصل البراءة فى تحديد الإطار القانونى الذى يتم بداخله تنظيم ممارسة المتهم لحريته الشخصية وغيرها من حقوق الإنسان فى ضوء متطلبات الخصومة الجنائية، ويتمثل هذا الإطار القانونى فى شكل الضمانات التى تكفل حماية الحرية الشخصية وغيرها من حقوق الإنسان عند اتخاذ أى إجراء جنائى ضد المتهم.

فالقانون ينظم استعمال الحرية الشخصية للمتهم داخل الخصومة الجنائية فى ضوء أهداف الخصومة الجنائية. ويجب ألا يتجاوز هذا التنظيم القانونى أصل البراءة، وذلك بإحاطة الإجراءات التى يسمح بها القانون بضمانات معينة تكفل حماية حقوق المتهم وحرياته والتى يمارسها بوصفه بريئا.

فكل إجراء جنائى يسمح به القانون يجب أن يكون مقيدا بهذه الضمانات درءا للخطر فى مباشرته وإلا كان مخالفا لأصل البراءة. والإجراء الجنائى الذى ينص عليه القانون دون أن يكون محاطا بهذه الضمانات، يكون اعتداء تحكميا ومخالفا لأصل البراءة، مما يعد انتهاكا للشرعية الدستورية.

فاتخاذ الإجراءات الجنائية لا يجب أن يتم بعيدا عن الشرعية الدستورية ، فهذه الشرعية تقوم على أصل البراءة ، وهذا الأصل كما بينا يحدد نطاق أى إجراء جنائى من خلال الضمانات المقيدة له. وفى هذا الصدد يتحقق التقاء بين قانون العقوبات

عند التزامه بشرعية الجرائم والعقوبات، وقانون الإجراءات عند التزامه بأصل البراءة. فالأول فيما يقرره من جرائم وعقوبات يتقيد باحترام الحريات العامة التى كفلها الدستور، فلا يجوز تجريم أى فعل مما يعد استعمالا لإحدى هذه الحريات، مثل حرية العقيدة، وحرية الاجتماع، وحرية تكوين الجمعيات والنقابات، وحرية الصحافة. وبالمثل، فإن قانون الإجراءات الجنائية فيما يقرره من إجراءات للخصومة الجنائية يلتزم باحترام الضمانات التى كفلها الدستور للحقوق والحريات، بناء على أصل البراءة. فلا يجوز السماح بمباشرة أى إجراء جنائى ما لم يكن محاطا بهذه الضمانات.

وقد ثار البحث حول تأثير أصل البراءة على حق التعبير وحق الإعلام إذا حرمت أجهزة الصحافة والإعلام حرمانا مطلقا من نشر أخبار القضايا الجنائية. ولا شك فى أن حرية التعبير مبدأ سام يحميه الدستور. وفى إحدى القضايا التى أدين فيها صحفي لنشره شكوى ضد أحد رجال السياسة، أكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان أنه وإن كانت حرية التعبير تعد أحد الركائز الأساسية للمجتمع الديمقراطى وأحد الشروط الرئيسية لتقدمه. إلا أنه يجب إجراء التوازن بين الهدف المشروع الذى تتوخاه حرية التعبير، وبين حماية حيدة القضاء من خلال عدم جواز نشر أخبار ضد المتهم تسيء إلى مركزه فى الدعوى وتتناقض مع أصل البراءة. وفى هذا الصدد أكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فى استراسبورج سنة ١٩٩٧ بأن إبداء الصحفى لرأيه بوضوح حول إدانة المتهم، من شأنه أن يجعل مقاله مؤثرا فى الدعوى المرفوعة على المتهم مما يؤثر فى حيدة السلطة القضائية[١]. ونظرا لما يتهدد أصل البراءة بسبب النشر فى الصحف فقد خول قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى لقاضى التحقيق ولغرفة المشورة إخطار الجمهور بالقرار الذى يصدر بألا وجه لإقامة الدعوى فى القضية (المادتان ١٧٧/ ١ و٢١٢/ ١)[٢] وأجاز القانون الفرنسى

---

(١) انظر: Antoni Buchet La présomption d'innocenc, op. cit., p. 33.

وقد قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنه بغض النظر عن اعتبار «قرينة البراءة» ضمانا إجرائيا، فإن هذه القرينة توجب التزام الحذر الشديد عند نشر الأخبار بواسطة وسائل الإعلام.

(CEDH 10 Févr. 1995, Allenet de Riberment C/France).

(٢) انظر: Antoni Buchet La présomption d'innocence, op. cit., p. 34.

وقد أشار إلى حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الصادر فى ٢٩ أغسطس سنة ١٩٩٧.

للقاضى المدنى والقاضى المستعجل أن يوقف المساس بأصل البراءة وذلك بإلزام الصحيفة بنشر بيان على نفقتها.

١١٣ـ الدور المزدوج لأصل البراءة

يؤدى أصل البراءة دورا مزدوجا. فهذا الأصل يعد من القواعد التى تحكم الخصومة الجنائية. وفى ذات الوقت يعد أحد القواعد التى يخضع لها الإثبات الجنائى.

١١٤ـ (أ)أصل البراءة قاعدة من قواعد الخصومة الجنائية

ويعد أصل البراءة أحد القواعد التى تحكم الخصومة الجنائية. ويترتب على ذلك عدم وصف المتهم بأى وصف من أوصاف الإدانة خلال سير الخصومة الجنائية، فلا يجوز إضفاء هذا الوصف إلا حين يصدر حكم الإدانة، كما يتطلب مراعاة الضمان القضائى فيما يتخذ من إجراءات ضد المتهم، وإخضاعه للمحاكمة المنصفة بكافة ضماناتها، وعدم جواز اتخاذ إجراءات التنفيذ العقابى أثناء حبسه احتياطيا.

وقد عنى القانون الفرنسى رقم ٥١٦ لسنة ٢٠٠٠ الصادر فى ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ بشأن تعزيز حماية «قرينة البراءة» وحقوق المجنى عليهم بأن ينص فى مادته الأولى على إضافة مادة تمهيدية فى صدر قانون الإجراءات الجنائية تتضمن فقرتاها الأولى والثانية على ضمانات المحاكمة المنصفة والضمان القضائى وضمان حقوق المجنى عليه. وتنص فقرتها الثالثة على قرينة البراءة ذاتها، وحماية كل من يلحقه المساس بهذه القرينة بمعاقبة من يتسبب فى ذلك أو بتعويض من أصيب بهذا المساس. هذا بالإضافة إلى ضمانات أخرى هى تأكيد مبادئ العدالة والتوازن بين حقوق الخصوم، والفصل بين الاتهام والمحاكمة، وضمان حق الدفاع فى الإحاطة بالتهمة واستعانة المتهم بمدافع، وأن تكون الإجراءات الماسة بالحرية بواسطة أمر قضائى أو خاضع لرقابة القضاء، وأن تتقيد هذه الإجراءات باعتبارات الضرورة والتناسب مع جسامة الجريمة المنسوبة إلى المتهم، وعدم المساس بكرامة الشخص، وأن يفصل فى الاتهام خلال مدة معقولة، مع ضمان حق كل شخص محكوم عليه فى إعادة محاكمته أمام درجة أخرى. كما استحدث هذا القانون طريق الطعن فى أحكام

محكمة الجنايات على الرغم مما يتكبده هذا الطعن من إطالة مع تعويض ذلك بإلغاء غرفة الاتهام كسلطة إحالة إلى محكمة الجنايات وتخويلها لقاضى التحقيق(١).

وواقع الأمر فإن الضمانات التى نصت عليها الفقرات الثلاث السالفة الذكر تندرج تحت الضمان القضائى أو المحاكمة المنصفة وفقا لما سنبينه فيما بعد.

وينظر الفقه الفرنسى إلى القانون الفرنسى الصادر فى ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ سالف الذكر بوصفه إضافة تركت فى الإجراءات الجنائية ذكرى لا تمحى، وأنه يعد أهم التعديلات التى طرأت على قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى لسنة ١٩٥٩(٢).

وواضح مما تقدم أن كلا من الضمان القضائى وضمان المحاكمة المنصفة يكملان أصل البراءة ويعززانه لكى تتكون من هذه الأصول الثلاث منظومة واحدة هى منظومة الشرعية الدستورية لهذا القانون.

١١٥ـ (ب) أصل البراءة قاعدة من قواعد الإثبات الجنائى

أصل البراءة هو من أصول الإثبات الجنائى. ووفقا لهذا الأصل لا يلتزم المتهم بإثبات براءته ويجب أن يكون اليقين القضائى أساسا للحكم بالإدانة و أن تفسر المحكمة الشك لمصلحة المتهم، وألا تقضى بإدانته إلا على أساس اليقين الكامل لا على مجرد الاحتمال. وتخاطب هذه القاعدة المحكمة وحدها، بخلاف أصل البراءة كأصل من أصول الخصومة الجنائية، فإنه يخاطب كلا من الجهات التى تباشر كافة مراحل الخصومة الجنائية (ومنها المحكمة).

ونبحث النتائج المترتبة على أصل البراءة فيما يتعلق بالإثبات الجنائى فى غمار بحثنا للحقوق والالتزامات المترتبة على أصل البراءة.

١١٦ـ نطاق أصل البراءة

يتمتع أصل البراءة فى الإجراءات الجنائية بنطاق عام له جانبان: جانب شخصى وآخر إجرائى، وفيما يأتى نبين كلا من هذين الجانبين وضمانات كل منهما:

---

(١) انظر: Jean Pradel, Revue Pénitentiaire et de droit pénal, no. Janvier - Mars 2001.

(٢) شاب هذا القانون عدد كبير من الأخطاء المادية صححها القانون الصادر فى ٣٠ ديسمبر ٢٠٠٠.

١١٧- (أولا) النطاق الشخصى

يتمتع بأصل البراءة كل الأشخاص، سواء تعرضوا للاشتباه أو للاتهام، وسواء كانوا متهمين لأول مرة أو كانوا معتادين على الإجرام، وأيا كان مركزهم القانونى فى الدعوى، وأيا كانت المحكمة المختصة بنظر الدعوى. وقد عالج قانون الإجراءات الجنائية المعدل بالقانون الصادر فى ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ المركز القانونى للمشتبه فيه بجانب المركز القانونى للمتهم

ويسرى ذلك بالنسبة إلى جميع أنواع الجرائم (الجنايات والجنح والمخالفات)[١].

ويكفل القانون بمقتضى هذا الأصل العام حماية الأشخاص، فإذا لم تتوافر أدلة كافية فى أثناء التحقيق أو فى أثناء المحاكمة، يتعين التقرير بألا وجه لإقامة الدعوى، أو الحكم بالبراءة، حسب الأحوال.

وقد عنى القانون الفرنسى فى سبيل تأكيد حماية الأشخاص بأصل البراءة بأن ينص فى القانون المدنى على أن كل شخص له الحق فى احترام «قرينة» البراءة (المادة ٩/ ١). وعلى هذا النحو أنشأ القانون الفرنسى حقا جديدا للشخصية «droit de la personalité» يتمتع به الشخص[٢].

وأما الدستور المصرى، فإنه - كما بينا من قبل - اعتبر البراءة أصلا يمتد إلى كل فرد، سواء أكان مشتبها فيه أو متهما، باعتباره قاعدة أساسية فى النظام الإجرائى المصرى[٣]. وهذا التكيف القانونى هو الأكثر اتساقا مع طبيعة الأمور، ومن التناقض أن يعتبر البراءة مجرد قرينة قانونية ثم يعتبرها حقا من حقوق الشخصية فى آن واحد.

---

(١) قارن: Merle et vitu, Traité de droit criminel, Procédure pénale, 5 éme édition, 2001, p. 185.
حيث يرى أن هذا الأصل لا يسرى فى المخالفات.

(٢) Merle et Vitu, op cit, p. 186.

(٣) دستورية عليا فى ٢ فبراير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٢ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ص ١٨٥، ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثانى) ص ١١٤، ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٧ ص ٤٥، ١٦ نوفمبر سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية، العدد رقم ٤٧ فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٩٦.

فالقرينة القانونية تنتمى إلى إجراءات الإثبات، أما الحقوق فتنبع من القواعد القانونية.

وضمانا للنطاق الشخصى للأصل فى البراءة، لا يكلف المتهم بإثبات براءته، ويتعين حمايته قضائيا فى مواجهة أى مساس بهذا الأصل العام.

١١٨ـ (ثانيا) النطاق الإجرائى

ينطبق أصل البراءة على كل الإجراءات الجنائية المتعلقة بالجريمة سواء كانت من جرائم القانون العام أو غير ذلك من الجرائم أيا كانت طبيعتها.

ويتجلى هذا الأصل العام فى جميع مراحل الخصومة الجنائية، بل يشمل كذلك مرحلة الاستدلالات التى يباشرها مأمور الضبط القضائى. ويبدو ذلك فى السلطة الإجرائية داخل كل مرحلة من المراحل الإجرائية. ففى مرحلة الاستدلالات لا تصلح الشبهات التى تنبع عنها إجراءات الاستدلال لاتخاذ أى إجراء مقيد للحرية كالحبس الاحتياطى. وفى مرحلة التحقيق الابتدائى، لا يجوز للمحقق أن يحيل المتهم للمحاكمة إلا إذا توافرت أدلة اتهام جدية تفصح عن احتمال الإدانة. وفى مرحلة المحاكمة، لا يجوز القضاء بالإدانة، وضمانا للنطاق الإجرائى للأصل فى البراءة، لا يجوز الحكم بالإدانة إلا إذا توافر اليقين القضائى لدى المحكمة، ويتعين تفسير الشك لمصلحة المتهم.

الفصل الثالث

الحقوق والالتزامات المترتبة على أصل البراءة

يترتب على أصل البراءة حقوق للمتهم والتزامات ترد على المحكمة. وتتمثل حقوق المتهم فى عدم تكليفه بإثبات براءته، وحقه فى الحماية القضائية لهذا الأصل. أما الالتزامات التى ترد على المحكمة، فتتمثل فى عدم الحكم بالإدانة إلا بناء على يقين قضائى، وتفسير الشك لمصلحة المتهم. وفيما يأتى نبين هذه الحقوق والالتزامات.

المبحث الأول

حقــوق المتهـم

§ ١ ـ عدم التزام المتهم بإثبات براءته

١١٩ـ التزام النيابة العامة بالإثبات

لما كان الأصل فى المتهم البراءة ، فإن إثبات التهمة قبله يقع على عاتق النيابة العامة ، فعليها وحدها عبء تقديم الدليل . ويخضع إثبات التهمة إلى قواعد تحكم إدارة الدليل بعيدا عن المتهم الذى لا يلتزم بتقديم أى دليل على براءته ، وكل ما له هو أن يناقش أدلة الإثبات التى تتجمع حوله لكى يفندها أو يضع فيها بذور الشك ، دون أن يلتزم بتقديم أدلة إيجابية تفيد براءته(١) .

فمجال إثبات التهمة يتحدد بعيدا عن المتهم ، ففيه يؤدى الادعاء دوره الإيجابى فى تقديم الدليل . وللمتهم أن يلتزم الصمت دون تأويل هذا الصمت ضده . وقد قضت المادة ١٤ / ٣ من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية (١٩٦٦) على عدم جواز إلزام المتهم بأن يشهد ضد نفسه أو أن يعترف بالتهمة .

ولا يحول عدم التزام المتهم بإثبات براءته دون تقدمه طواعية واختيارا بالاعتراف بالتهمة أمام المحكمة . وطبقا للمادة ٢٧١ / ٢ من قانون الإجراءات الجنائية ، إذا اعترف المتهم أمام المحكمة جاز لها الاكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سماع الشهود ، وإلا فتسمع شهود الإثبات . ومؤدى ذلك ، أن اعتراف المتهم فى الجلسة لا يمنع المحكمة من أن تبحث الأدلة لإثبات التهمة بأدلة أخرى ، بالإضافة إلى هذا الاعتراف أو بدونه . واعتراف المتهم لا يسقط وحده أصل البراءة عنه ، فما زالت

---

(١) وهذا ما أكده المجلس الدستورى الفرنسى فى ١١ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨١ .
Décision No.8 - 127, Dc. des 11 et 20 janvier 1981, G.P. 11 - 13 Fév. 1981, note pierre - Daville.

المحكمة هى صاحبة الاختصاص فى تقدير مدى ثبوت التهمة قبله، وتقييم هذا الاعتراف، سواء صمم عليه المتهم أو عدل عنه. وليس للمحكمة أن تنقض أصل البراءة إلا بحكم بالإدانة مبنى على اليقين القضائى.

وإذا كان عبء إثبات التهمة يقع على النيابة العامة بوصفها ممثلة للادعاء، إلا أن ذلك ليس معناه أن مهمتها قاصرة على إثبات التهمة فقط، لأن وظيفتها هى إثبات الحقيقة، بجميع صورها سواء فيما يتعلق بركنى الجريمة أو بشروط المسئولية. وعلى المحكمة أيضا أن تبحث بنفسها من خلال إجراءات المحاكمة عن هذه الحقيقة، دون أن تجشم المتهم عبء إثبات البراءة. فهذه البراءة أمر مفترض، ولا محل لإثباتها أمام المحكمة. وكل ما هو جدير بالبحث هو التحقق مما إذا كانت هناك أدلة كافية يمكنها أن تدحض هذا الأصل أم لا.

فإذا توافرت أدلة تفيد صحة الاتهام. كان من حق المتهم تقديم ما لديه من أدلة لدحض ما توافر ضده. وعلى النيابة العامة وعلى المحكمة جمع هذه الأدلة أيضا عند الاقتضاء، لأن مهمتهما هى كشف الحقيقة بجميع صورها. فإذا خلت الدعوى من دليل قاطع على صحة الاتهام، لا يلتزم المتهم بتقديم أى دليل على براءته، لأن الأصل فيه هو البراءة.

وإذا أقيمت الدعوى الجنائية بالطريق المباشر، فإن إثبات التهمة يقع أساسا على عاتق المدعى المدنى، مهما كانت النيابة العامة ملزمة قانونا بمباشرة الدعوى الجنائية، لأنه فى بعض الأحوال قد تكون النيابة العامة قد رأت حفظ الأوراق لعدم كفاية الاستدلالات أو لسبب آخر(١). ومع ذلك، فللنيابة العامة أن تقدم ما تشاء من أدلة الإثبات.

١٢٠ـ عبء نفى أسباب الإباحة وموانع المسئولية وموانع العقاب

وقد ثار البحث فى الحالات التى يدفع فيها المتهم بتوافر سبب من أسباب الإباحة كالدفاع الشرعى، أو مانع من موانع المسئولية كالإكراه، أو مانع من موانع العقاب مثل اعتراف الراشى فى جريمة الرشوة، أو سبب لانقضاء الدعوى الجنائية

---

(١) انظر فى هذا المعنى: Serge Guinchard et Jacques Buisson, op. cit., no. 418, p. 289.

كالتقادم، هل يلتزم المدعى فى هذه الحالات بإقامة الدليل على صحة هذا الدفع؟ وفقا للقانون المدنى يلتزم المدعى عليه بإثبات الدفع الذى يتمسك به، وهو ما يعرف اصطلاحا بقاعدة "reus in excipiendo fitactor" . على أنه لا مجال لهذه القاعدة فى الإثبات الجنائى حيث يفترض فى المتهم البراءة. فإدانة المتهم تعنى انهيار هذا الأصل. ولا ينحصر هذا الأصل فيما يتعلق بالوقائع المكونة للركن المادى للجريمة فقط، بل يتعلق أيضا بسائر أركانها وغير ذلك من الأسباب التى تحول دون إدانة المتهم ومعاقبته. فالإدانة مع العقوبة تتطلب توافر الركنين المادى والمعنوى بالإضافة إلى عدم وجود سبب من أسباب الإباحة أو موانع المسئولية أو أسباب انقضاء الدعوى الجنائية. ويقتضى إثبات الإدانة تقديم الدليل على توافر الركنين المادى والمعنوى للجريمة مع نفى كل من هذه الأسباب[١]. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه بالنسبة إلى جريمة إخلال المالك بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر دون مقتض والمنصوص عليها فى المادة ٢٣/ ٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، هى جريمة لا يتم إثباتها إلا بقيام سلطة الاتهام بالتدليل على توافر أركانها وأن إخلال المؤجر بالالتزام بالتسليم ليس ناشئا عن سبب أجنبى لا يد له فيه[٢].

ذلك هو واجب المحكمة والنيابة العامة سواء بسواء. على أنه يكفى من جانب المتهم أن يتمسك بالدفع الذى يواجه به التهمة دون أن يلزم بإثبات صحته إذا تعلق بسبب من أسباب الإباحة باعتبار أن الأصل فى الأشياء الإباحة، فطالما كانت وقائع الدعوى ترشح لتوافره تعين على المحكمة أن تبحثه وأن تناقشه حتى ولو لم يدفع به المتهم.

أما إذا تعلق الأمر بالأعذار المخففة أو المانعة للعقاب أو مانع من موانع المسئولية كالجنون والإكراه، فيجب على المتهم أن يتمسك بدفاعه فى هذا الشأن، وكذلك الشأن بالنسبة إلى كل دفاع يتعلق بأركان الجريمة لو صح لانهدمت به التهمة. فهذه

---

(١) J.Patarin le particularisme de la théorie de préuve en droit pénal. In (Quelques aspects de l'autonomie de droit pénal), publication de l'institut de criminologie de la faculté de droit de l'université de Paris, 1956. p.29. Graven; la protection des droits de l'accusé dans le procés pénal en suisse, Rev. inter. dr. pén. 1966, p. 267.

(٢) دستورية عليا فى ٨ يولية سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠٠ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ مكررا فى ٢٢ يولية سنة ٢٠٠٠.

الأوجه من الدفاع تجعله دفاعا جوهريا تلتزم المحكمة بتمحيصه وتحقيقه عند إثارته والرد عليه. لهذا حق القول بالارتباط الوثيق بين أصل البراءة واحترام حقوق الدفاع، وعلى النيابة العامة والمحكمة التحقق من تلقاء نفسها من توافر مقومات الجريمة والمسئولية، لأن الأصل فى الأشياء الإباحة، وعلى النيابة تقديم الدليل على وقوع الجريمة بكل أركانها ونسبتها إلى المتهم.

هذا هو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية، فمن المقرر أن من واجب المحكمة بحث كل دفاع جوهرى يتقدم به المتهم. ويعد الدفاع جوهريا، إذا كان ظاهر التعلق بموضوع الدعوى المنظور أمامها، بحيث لو صح لرتب عليه القانون أثرا قانونيا لصالح المتهم سواء تعلق هذا الأثر بنفى وقوع الجريمة، أو بامتناع المسئولية أو العقاب أو بانقضاء الدعوى الجنائية[1]. فإذا تمسك المتهم بهذا الدفع دون أن تبحثه المحكمة وترد عليه كان حكمها مشوبا بالقصور فى التسبيب، فضلا عن الإخلال بحق الدفاع. ووجه القصور فى التسبيب يرتكز على إخلال المحكمة فى أداء واجبها نحو إثبات الإدانة.

وإذا لم يتمسك المتهم بمثل هذه الدفوع أمام محكمة الموضوع، لم يحل ذلك دون واجب هذه المحكمة فى التحقق من مدى انتفائها قبل أن تقضى بالإدانة. على أنه يكفى لصحة قضائها أن تثبت توافر أركان الجريمة ووقوعها من المتهم، وأن تبين الأدلة التى قامت لديها، وأن ترد على ما عسى أن يكون المتهم قد تمسك به من أوجه الدفاع الجوهرى. فإذا لم يكن المتهم قد تمسك بهذا الدفاع من قبل، لا يجوز له أن ينعى على المحكمة أى خطأ قانونى أمام محكمة النقض ما لم تكن مدونات الحكم المطعون فيه تشتمل فى ذاتها على صحة هذا الدفاع. ويرتبط هذا القيد بطبيعة وظيفة محكمة النقض التى لا تسمح بإجراء تحقيق موضوعى فى الدعوى.

---

(١) انظر فى الدفع بالإعفاء من العقاب لحسن النية فى جريمة القذف فى جريمة موظف عام (نقض ١٦ مارس سنة ١٩٧٠ مجموعة الأحكام س ٢١ رقم ١٦٧٠ ص ٣٧٣)، والدفع بعدم جواز الدعوى السابقة الفصل فيها (نقض ١٢ يونية سنة ١٩٦٢ س ١٣ رقم ١٣٦ ص ٥٣٩، ونقض ٢٣ فبراير سنة ١٩٧٦ س ٢٧ رقم ٥٦ ص ٢٧١، والدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم، (نقض ٢٤ يونية سنة ١٩٥٧ س ٨ رقم ١٨٨ ص ٦٩٥) والدفع بقيام حالة الدفاع الشرعى (نقض جلسة ١٠ مايو سنة ١٩٧٠ س ٢١ رقم ١٦٢ ص ٦٨٩) والدفع بالإعفاء من العقاب تأسيسا على مساعدة السلطات فى القبض على متهم آخر (نقض جلسة ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٦٥ س ١٦ رقم ١٣٨).

١٢١ـ عدم دستورية قرائن الإثبات

لا يملك المشرع أن يفرض قرائن قانونية لإثبات التهمة أو لنقل عبء الإثبات على عاتق المتهم، لمناقضة ذلك بعدم التزام المتهم بإثبات براءته تطبيقا لأصل البراءة. فافتراض براءة المتهم يمثل أصلا ثابتا يتعلق بالتهمة الجنائية فى جميع مراحلها، وعلى امتداد إجراءاتها، مما لا يجوز معه نقضها بغير الأدلة الجازمة التى تخلص إليها المحكمة وتتكون من جماعها عقيدتها. ولا سبيل لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التى تبلغ قوتها الإقناعية مبلغ الجزم الذى تخلص إليه المحكمة فى حكمها بالإدانة[١]. ولهذا رفض المؤتمر الدولى السادس عشر توصية القسم الثالث منه بإلغاء قرينة البراءة بالنسبة إلى الجرائم المنظمة، وإعطائه الفرصة لإثبات العكس.

فيلاحظ فى المخالفات، وفى الجنح التى تتشبه بالمخالفات فى ركنها المعنوى (délits - contraventions) أن المشرع كثيرا ما يفترض الخطأ فى حق المتهم تاركا فرصة إثبات العكس. وقد أطلقت محكمة النقض الفرنسية وصف الجريمة المادية على هذا النوع من الجرائم للدلالة على أنها تقع بمجرد الركن المادى للجريمة مع السماح للمتهم بإثبات انتفاء مسئوليته الجنائية بسبب الجنون أو الإكراه أو عدم التمييز[٢]. وذهب البعض إلى أن الركن المادى للجريمة ينطوى فى حد ذاته على الخطأ، وبأنه تتوافر قرينة قاطعة على توافر الخطأ من وقوع الفعل المادى المكون للمخالفة. وعيب هذا الرأى أن افتراض الخطأ لا يتفق مع جوهر المسئولية الشخصية. ومن ثم، فلا مجال للمسئولية الجنائية المفترضة. واتجه فريق آخر إلى ضرورة إثبات الخطأ فى حق المتهم، وأن توافر قرينة بسيطة على هذا الخطأ من وقوع الفعل المادى، لا يمنع المتهم من إثبات عكس هذه القرينة إذا قدم الدليل على أنه قد وقع فى غلط لا يمكن تجنبه، وهو غلط يتجاوز إمكانات الاحتياط لدى الإنسان البالغ الحذر مما ينفى عنه الخطأ. وعلة اشتراط هذا النوع من الغلط لدحض قرينة افتراض الخطأ هو ما أوجبه القانون فى هذا النوع من الجرائم من بذل قسط أكبر من مجرد الحذر المعتاد، مما يقتضى معه عدم الاكتفاء بمجرد إثبات أن سلوك الجانى لم

---

(١) دستورية عليا فى ٣ يولية سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ فى ٢٠ يولية سنة ١٩٩٥.

(٢) انظر فى التفصيل مؤلفنا: الوسيط فى قانون العقوبات ـ القسم العام، طبعة ١٩٨٥ ص ٤٧٦ و٤٧٧.
وانظر التقرير العام لجان برادل Pradel: Rev. int. droit pénal, 1992, p. 16.

ينحرف عن سلوك الشخص البالغ الحذر، عن طريق ما يسمى بالغلط الذى لا يمكن تجنبه. ونحن لا نقر هذا الرأى، فلا مجال لافتراض الركن المعنوى سواء كان فى صورة القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى. وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا فى قولها بأنه فى الجريمة غير العمدية يتولى المشرع دون غيره بيان عناصر الخطأ التى تكونها، وهى عناصر لا يجوز افتراضها أو انتحالها[1]. وقد أشارت المحكمة الدستورية العليا إلى أن المشرع يلجأ أحيانا إلى تقرير جرائم عن أفعال لا يتصل بها قصد جنائى إذا كان المشرع قد توخى الحد من مخاطر بعض أنواع النشاط لتقليل فرص وقوعها، وتوفير القدرة على السيطرة عليها والتحوط لدرئها، فلا يكون إيقاع عقوبتها معلقا على النوايا المقصودة من الفعل، ولا على تبصر النتيجة الضارة التى أحدثها. إلا أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر كانت حريصة على التنبيه إلى أنه فى هذا النوع من الجرائم لابد من توافر إهمال من قارفها لنوع الرعاية التى تطلبها المشرع منه كلما باشر نشاطا معينا، وذلك إذا أعرض عن القيام بعمل واجب عليه[2].

وقد قرر المجلس الدستورى الفرنسى أنه يمكن فى بعض الأحوال وخاصة فى مسائل المخالفات، وضع قرائن بتوافر الخطأ بشرط كفالة حقوق الدفاع، وأن تشير الوقائع بصورة معقولة إلى نسبتها إلى المتهم[3]. وواضح من عبارات هذا القرار أن المجلس الدستورى لم يقصر قرينة الخطأ على المخالفات وحدها، بل عنى بوضع ضوابط التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة، فاشترط للتضحية بأصل البراءة أن تكون قرينة الإثبات قابلة لإثبات العكس، وأن تستخلص القرينة من وقائع تشير بصورة معقولة إلى نسبة الواقعة إلى المتهم، وأن تكفل له حقوق الدفاع.

وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بدورها مشروعية هذا النوع من قرائن الإثبات وطالبت المشرع بتقييدها بقيود معقولة فى ضوء خطورة الحالة والمحافظة على حقوق الدفاع[4].

---

(١) دستورية عليا فى ١ فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٧) تابع فى ١٣/ ٢/ ١٩٩٧، ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية جـ٦ قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢.

(٢) دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ المشار إليه عاليه.

(٣) Déc. no. 99 - 411 Dc., 16 Juin 1999, JO 19 Juin 1999, p. 9018

(٤) CEDH, 7 Octobre 1988 (Affaire salabiaki c. France, Vincent Berger, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sirey, 1994, p. 210, 211.

ومن أمثلة قرائن الإثبات التى عرفها قانون العقوبات الفرنسى على افتراض الركن المادى لجريمة القوادة Proxénétisme إذا لم يستطع المتهم أن يبرر موارد حياته، مع العيش مع شخص اعتاد تقديه للبغاء، أو كانت له علاقات معتادة مع شخص أو آخرين يقدمهم للبغاء (المادة ٢٢٥ـ٦ عقوبات فرنسى).

وقد نص قانون العقوبات الفرنسى على عدد آخر من القرائن القانونية للإثبات، منها قرينة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة بالنسبة إلى الشخص الذى تكون له سلطة على القصر الذين اعتادوا ارتكاب الجنايات أو الجنح، إذا لم يستطع تبرير موارده المالية التى يعيش عليها (المادة ٣٢١ـ٦)(٢)، وكذلك الحال بالنسبة إلى الشخص الذى تكون له علاقات معتادة مع واحد أو أكثر من تجار المخدرات أو المتعاطين إذا لم يستطع تبرير موارده المالية التى يعيش عليها(٣).

ومثال ذلك بالنسبة إلى الركن المعنوى، افتراض سوء النية بالنسبة لإعادة إنتاج مواد تنطوى على قذف فى حق الغير (المادة ٢٥ مكررا من قانون الصحافة الصادر فى ٢٩ يولية سنة ١٩٨١) وافتراض الغش فى حق من يشترون أو يحوزون بضائع بكمية تفوق ما يحتاج إليه استهلاكهم (المادة ٣٩٩ و ٤٠٠ من قانون الجمارك).

(١) Crim. 8 Févr. 1989, Bull, crim no. 61.

(٢) وقد نص قانون المرور الفرنسى على قرينتين قانونيتين: الأولى فى مواجهة المرخص له بقيادة السيارة، وذلك بمساءلته عن جرائم مخالفة قواعد وقوف السيارات ما لم يثبت المرخص له وجود قوة قاهرة أو يقدم معلومات تسمح بالتعرف على المرتكب الحقيقى للجريمة.
(Crim., 17 Sept. 1996, Juris - Data no. 003919)
كما نص على التزام المرخص له بالسيارة بدفع قيمة الغرامة المترتبة على تجاوز الحد الأقصى للسرع المسموح بها وعلى الوقوف فى غير الأماكن المسموح بها ما لم يثبت سرقة السيارة أو توافر قوة قاهرة أو يقدم الأدلة التى تثبت أنه ليس المرتكب الحقيقى للجرائم. وقد قيل بأن القرينة لا تقوم بتوافر الخطأ فى حق المرخص له بالسيارة طالما كان يستطيع إثبات العكس (Serge Guinchard et Jacques Buisson, op. cit., p. 296) وهذا ما رآه المجلس الدستورى الفرنسى تأسيسا على أن القرينة لا تنفى احترام حقوق الدفاع، وأنها أقيمت على وقائع تؤدى على نحو معتدل إلى تصور نسبتها إلى المتهم.
(Déc. no. 99 - 411 Dc, 16 Juin 1999, J.O. 19 Juin 1999, p. 9018)
ونحن لا نوافق على هذا الرأى، فهذه القرائن تلقى عبء إثبات البراءة على المتهم. وما قضية احترام حقوق الدفاع إلا فى مقام الرد على أدلة الاتهام، لا لإثبات البراءة ابتداء. ولهذا قيل بأن قضاء المجلس الدستورى قد خفف من نطاق المادة التاسعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن (١٧٨٩) وليس المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، حين سمح بالمساس بقرينة البراءة وخاصة أن المجلس الدستورى أورد فى أسباب قراره أن قرينة افتراض مسئولية مالك السيارة سمح بها (بوجه خاص) فى مسائل المخالفات، مما قد يفيد ضمنا السماح بها فى مسائل الجنح والجنايات.
(انظر: Annuaire International de Justice constitutionnelle, 1999, p. 425, 426.)

١٢٢ـ عدم دستورية قرائن مخالفة لأصل البراءة فى القانون المصرى

ومع ذلك، قد يخرج المشرع عن أصل البراءة، فأقام قرائن للإثبات لصالح الاتهام فى بعض الجرائم، ومن تطبيقات ذلك:

(١) قرر القانون مسئولية صاحب المحل عن الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٥٤ الخاص بشئون التموين (المادة ٥٨)، والمرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح (المادة ١٥) على أساس المسئولية عن جريمة خاصة هى الإهمال فى الرقابة. وتتوافر قرينة بسيطة على توافر هذه المسئولية، يجوز دحضها بإثبات أن صاحب المحل بسبب الغياب أو استحالة المراقبة لم يتمكن من منع وقوع الجريمة. إلا أن انتفاء هذه المسئولية لا يمنع من مساءلة صاحب المحل عن خطأ آخر هو أنه على الرغم من غيابه واستحالة المراقبة سمح للغير بممارسة نشاط فى محله. وينطوى هذا النص على افتراض للخطأ مما ينطوى على مسئولية مفترضة، كما ينطوى أيضا على مسئولية عن فعل الغير، وهو ما ينقض أصل البراءة فى المتهم، بالإضافة إلى نقضه ضمان شخصية المسئولية الجنائية.

(٢) وفى مجال الصحافة، فإن مسئولية رئيس التحرير طبقا (للمادة ١٩٥) من قانون العقوبات فإنها إذا قامت على الخطأ الشخصى لرئيس التحرير، فإن المشرع أنشأ فى حقه قرينة قانونية بسيطة، بأنه عالم بكل ما تنشره الجريدة التى يشرف عليها[١]. وأجاز لرئيس التحرير دحض هذه القرينة من خلال وسائل محددة على سبيل الحصر فى (المادة ١٩٥) عقوبات وهى:

أ ـ إذا أثبت أن النشر حصل بدون علمه وقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات أو الأوراق للمساعد على معرفة المسئول عما نشر.

ب ـ أو إذا أرشد فى أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة وقدم كل ما لديه من المعلومات والأوراق لإثبات مسئوليته وأثبت فوق ذلك أنه لو لم يقم بالنشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته فى الجريدة أو لضرر جسيم آخر.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بعدم دستورية هذا النص على

---

(١) نقض ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة الأحكام س ١٥ ص ٦٨٧.

أساس أنه جعل رئيس التحرير مواجها بقرينة قانونية فى حقه دون دليل يظاهر الواقعية التى أثبتتها، ومكلفا بنفيها خلافا لافتراض البراءة(١). هذا فضلا عن عدم دستوريته لتأسيسه هذه المسئولية أيضا عن فعل مادى لم يقم به، وهو ما يعد مسئولية عن فعل الغير(٢). كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن ما نصت عليه المادة ١٥/ ٢ من قانون الأحزاب السياسية بشأن افتراض مسئولية رئيس الحزب مع رئيس تحرير صحيفة الحزب عما ينشر فيه ينطوى على إخلال بأصل البراءة(٣). فضلا عن مخالفة مبدأ شخصية المسئولية الجنائية (المسئولية عن فعل الغير).

(٣) كان القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش المعدل بالقانونين رقم ٥٢٢ لسنة ١٩٥٥ و ٨٠ لسنة ١٩٦١ يفترض العلم بالغش فى جانب المتهم، إذا كان من المشتغلين بالتجارة، إلى أن أتى القانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ سالف الذكر، فألغى هذه القرينة وأحل محلها مادة جديدة هى المادة ٦ مكررا التى تعاقب على الفعل الذى يخالف أحكام المواد ٢ و ٣ و ٣ مكررا من هذا القانون إذا وقع بطريق الإهمال أو عدم الاحتياط والتحرز أو الإخلال بواجب الرقابة. وبعد صدور هذا القانون أعلنت المحكمة الدستورية فى قضاء لاحق لها عدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش قبل تعديلها بالقانون رقم ٢٨١ سنة ١٩٩٤ لافتراضه العلم بغش المادة موضوع الجريمة أو فسادها، فى جانب المشتغلين بالتجارة أو الباعة الجائلين ما لم يثبت المخالف حسن نيته، ومصدر الأشياء موضوع الجريمة منشئا بذلك قرينة قانونية على ثبوت واقعة العلم بغش أو فساد السلعة، بينما كان ينبغى على النيابة أن تتولى بنفسها هذا الإثبات(٤).

(٤) ونشير إلى أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر(٥)، قضت بعدم دستورية

---

(١) دستورية عليا فى ١ فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٩ سنة ١٨ قضائية سالف الذكر.

(٢) انظر القسم الأول من هذا الكتاب.

(٣) دستورية عليا فى ٣ يولية سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٩ فى ٢٠ يولية سنة ١٩٩٥.

(٤) دستورية عليا فى ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، و ٥ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٨ يونية سنة ١٩٩٥ (العدد ٢٢).

(٥) دستورية عليا ٢ فبراير سنة ١٩٩٢ القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٩٢ العدد (٨)، ٧ مارس سنة ١٩٩٢ القضية رقم ١٠ لسنة ١٠ قضائية =

نص المادة ١٢١ من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ ، وذلك فيما تضمنته فقرتها الثانية من افتراض العلم بالتهريب إذا لم يقدم من وجدت فى حيازته البضائع بقصد الاتجار فى المستندات الدالة على أنها قد سددت عنها الضرائب الجمركية المقررة . واستندت المحكمة فى قضائها ذلك إلى أن النص المطعون فيه افترض العلم بأحد عناصر القصد الجنائى بقرينة تحكمية ، ونقل عبء نفيه إلى المتهم ، مناقضا افتراض براءته من التهمة الموجهة إليه فى كل وقائعها وعناصرها . وقالت المحكمة إن الأصل فى القرائن القانونية بوجه عام هو جواز إثبات عكسها ، ولا تكون القرينة قاطعة إلا بنص خاص يقرر عدم جواز هدمها ، والأصل فى القرائن القانونية قاطعة كانت أو غير قاطعة ، هى أنها من عمل المشرع وهو لا يقيمها تحكما أو إملاء ، وإنما يجب أن تصاغ القرينة وأن يتحدد مضمونها على ضوء ما يقع غالبا فى الحياة العملية ، واستطردت إلى القول بأن عدم تقديم حائز البضائع الأجنبية بقصد الاتجار فيها للمستندات الدالة على الوفاء بالضرائب الجمركية المستحقة عنها لا يفيد بالضرورة علمه بتهريبها ، وإذا كان ذلك ، فإن الواقعة البديلة التى اختارها النص المطعون فيه لا ترشح فى الأعم الأغلب من الأحوال لاعتبار واقعة العلم بالتهريب ثابتة بحكم القانون ولا تربطها بالتالى علاقة منطقية بها ، بالتالى غير مرتكزة على أسس موضوعية ومفحمة لإهدار افتراض البراءة ، ومجاوزة من ثم لضوابط المحاكمة المنصفة التى كفلها الدستور فى أحكامه ، وبذلك تكون المحكمة الدستورية العليا قد اشترطت فى الواقعة البديلة (التى تستفاد منها قرينة الإثبات التى ينص عليها القانون) ارتكازها على أسس موضوعية تقيم بينها وبين القرينة علاقة منطقية تستند إلى ما يقع غالبا فى الحياة العملية .

ونشير إلى أن هذه القرينة نص عليها فى التشريعات الإنجليزية والكندية والإيطالية والفرنسية بالنسبة إلى كل حائز لبضاعة ممنوعة مستوردة من الخارج (كالمخدرات مثلا) إذا عجز عن إثبات مصدرها الشرعى . وقد نص على هذه القرينة فى القانون الأمريكى إلى أن قضى بمخالفتها لقرينة البراءة (عدا حالات الهيروين والكوكايين أو وضوح طبيعة المادة)(١) . كما نصت المادة ٤١٨ من قانون

= «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٨ يونية سنة ١٩٩٥ (العدد ٢٢)، والقضية رقم ١٤ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، و ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٣١ سنة ١٩٩٦ .

(١) مشار إليها فى: Rev. int. droit pénal, 1992, p. 38.

الجمارك الفرنسى على قرينة التهريب الجمركى فى بعض الأحوال وخاصة إذا ضبطت البضائع فى المنطقة الجمركية دون أن تحمل أى سند شرعى لتداولها(١) كما نص قانون الجمارك الفرنسى على قرينة الغش فى مواجهة بعض الأشخاص المحددين على سبيل الحصر ، ما لم يثبت توافر حالة الضرورة أو وقوع خطأ لا يمكن تجنبه ، ونص على هذه القرينة عند حيازة بضائع بكميات تزيد على حاجة الاستهلاك العائلى (المادتان ٣٩٩، ٤٠٠)(٢) وكل هذه القرائن تخالف أصل البراءة .

(٥) قضت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بعدم دستورية ما تضمنته المواد ٣٧ و ٣٨ و١١٧ من قانون الجمارك الصادر بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ ، من اعتبار مجرد النقص فى عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها عما أدرج فى قائمة الشحن ، قرينة على تهريبها ، باعتبار أن هذه القرينة تناقض أصل البراءة(٣) .

(٦) ومن ناحية أخرى ، أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر(٤) ، عدم جواز إدانة الشخص على أساس الاشتهار بارتكاب جرائم من نوع معين ، والواقع أن افتراض براءة المتهم عن كل جريمة على حدة بناء على مجرد الاشتهار بذلك ، لا يؤدى إلى أن تخلص المحكمة إلى إدانته على أساس الاشتهار بارتكاب مجموعة من الجرائم ، بينما كل اشتهار بجريمة معينة على حدة لا ينفى قرينة البراءة ارتكابها .

كما أكدت المحكة الدستورية العليا(٥) أيضا أنه مما يناقض افتراض البراءة أن يدان الشخص ـ لا عن جريمة بذاتها أتاها وتتحدد عقوبتها بالنظر إلى ماهيتها وظروفها ـ بل بناء على محض احتمال عودته إلى الإجرام ، بما مؤداه أن الخطورة الإجرامية

---

(٢)وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المتهم يقع عليه عبء إثبات حسن النية .
Crim. 16 Mars 1989, D. 1989. 515.

(٣) انظر ما تقدم بند ١٢١ .

(٤) دستورية عليا فى ٢ أغسطس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٧٢ سنة ١٨ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية ، العدد ٣٣ فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٧ .

(٥) الدستورية العليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد (٢) فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ .

(١) الدستورية العليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ سالف الإشارة إليه . ودستورية عليا فى ١٥ يونية سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٥ فى ٢٧ يونية سنة ١٩٩٦ .

التى يعد الشخص بموجبها مشتبها فيه قوامها عناصر مستمدة من ماضيه، ودليلها جرائمه السابقة إذ تعد كاشفة عن خطورته هذه وقاطعة بها، ومن ثم تكون سوابقه دامغة لحاضره ومسيئة لمستقبله، بل محددة لمجراه.

(٧) قضت المحكمة الدستورية العليا بأن ما نصت عليه المادة ٨٢ من ا لقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن، وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر حول جريمة تأجير مكان أو جزء منه أو بيعه أو تمكين آخر منه على خلاف مقتضى عقد سابق - ولو كان غير مشهر - تفترض علم المؤجر بالعقد السابق على تأجيرها الجديد، مما يعد إهدارا لأصل البراءة[١].

(٨) قضت المحكمة الدستورية العليا بأن ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤ من قانون الزراعة الصادر بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ المعدلة بالقانون رقم١١٦ لسنة ١٩٨٣ من افتراض توافر القصد الجنائى فى شأن الحائز لأتربة أرض زراعية متخلفة عن تجريفها، يناقض أصل البراءة، ويجرده من محتواه[٢].

(٩) قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية أحكام المواد ٢ و١٠ و١١ و١٢ و١٤و١٤ مكررا من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها لما نصت عليه من معاقبة مخالفيها ولو كانوا حسنى النية، لأن حسن النية يفترض التعامل فى الأغذية أو الاتصال بها من مواطنين شرفاء، مما يعد إخلالا بافتراض البراءة[٣].

(١٠) قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ فيما نصت عليه من عدم جواز دمغ المشغولات الذهبية إذا لم يقدم حائزها الدليل على دخولها البلاد بطريق مشروع، لأن عدم تقديم هذا الدليل لا يفيد سبق تهريبها بنشاط أتاه حائزها ولا علمه بتهريبها، كما أن النص المذكور قد

---

(٢) دستورية عليا فى ٣ يناير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٣) فى ١٥ يناير سنة ١٩٩٨.

(٣) دستورية عليا فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٤٧ فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٩٦.

(٤) دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية». الجريدة الرسمية، العدد ٥١ فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٩٥ .

غل يد هذا الحائز عن تداول المشغولات، سواء بالتحفظ عليها من جهات الاختصاص أو بمنعهم من التعامل فيها، مما يعد مناقضا لأصل البراءة[1].

(١١) قضت محكمة النقض بأن نص المادة ٤٧/ ٩ من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١، افترض فى حق من يحوز السلع الخاضعة للضريبة بقصد الاتجار، العلم بأنها مهربة من هذه الضريبة إذا لم يقدم من وجدت فى حيازته هذه السلع المستندات الدالة على سداد الضريبة. وأن هذا النص وقد أقام قرينة مبناها افتراض العلم بالتهريب ونقل إلى المتهم عبء إثبات براءته، يكون قد خالف المادة ٦٧ من الدستور التى نصت على أن المتهم برىء حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية يكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه. وانتهت محكمة النقض إلى أن المادة ٦٧ من الدستور آنفة الذكر قابلة بذاتها للإعمال دونما حاجة إلى أى تدخل تشريعى مما يؤدى إلى اعتبار نص المادة ٤٧ من قانون الضريبة العامة على المبيعات منسوخا ضمنا بقوة الدستور نفسه[2]. ورغم إقرارنا أن المادة ٤٧ من قانون ضريبة المبيعات خالفت أصل البراءة، إلا أننا نلاحظ على هذا الحكم أنه لا مجال لاعتبار النص التشريعى منسوخا ضمنا بقوة الدستور، لأن نظرية النسخ الضمنى تفترض أن يكون النص الناسخ (وهو هنا نص الدستور) لاحقا على النص المنسوخ؛ بينما أن نص الدستور «يسبق» نص قانون ضريبة المبيعات سالف الذكر. وهذا المعنى هو ما أكدته الدائرة المدنية لمحكمة النقض فى قولها بأن التشريع لا يلغى إلا بتشريع «لاحق» ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمنا. وإلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع «لاحق» مماثل له أو أقوى منه[3].

هذا بالإضافة إلى أن نص المادة ٦٧ من الدستور يرسى مبدأ ليس صالحا للتطبيق مباشرة، وغاية ما هناك أن النص التشريعى سالف الذكر لا يتفق مع نص الدستور بشأن أصل البراءة، مما كان يتعين معه وقف الدعوى وإحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا التى تختص وحدها بالرقابة على دستورية القوانين.

---

(١) دستورية عليا فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ فى ١٩/ ٧/ ١٩٩٧.

(٢) نقض جنائى (غرفة مشورة) فى ٢٢ يولية سنة ١٩٩٨ القضية رقم ٢٢٠٦٤ لسنة ٦٣ قضائية

(٣) نقض مدنى فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٧٥، مجموعة الأحكام س ٢٦ ص ٥٠٣.

§ ٢ـ الحماية القضائية لأصل البراءة

١٢٣ـ الحماية القضائية داخل الخصومة الجنائية

طالما أن الأصل فى المتهم البراءة فيجب أن تكفل له جميع الحقوق والحريات فى جميع مراحل الخصومة الجنائية . ولهذا عنيت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن يعد أصل البراءة حجر الزاوية فى الإجراءات الجنائية[١] «pierre angulaire de la procédure pénale» .

وقد أراد القانون الفرنسى الصادر فى ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ بتعديل قانون الإجراءات الجنائية تأكيد هذا المعنى حين أضاف مادة تمهيدية فى صدر قانون الإجراءات الجنائية تؤكد فى فقرتها الثالثة على ما أسماه بقرينة البراءة كما بينا من قبل، وتنص على عدم جواز المساس بهذه «القرينة» وإلا وجب التعويض والعقاب على هذا الأساس وفقا للشروط المنصوص عليها فى القانون. وقد بينا[٢] كيف أن القانون الفرنسى لم يقتصر على تأكيد أصل البراءة فى هذه المادة التمهيدية، بل وضع قائمة بالمبادئ الأساسية التى يجب مراعاتها فى الإجراءات الجنائية، مما يندرج تحت الضمانات الدستورية فى هذا القانون، واقتصر القانون فى فقرة ثالثة من هذه المادة على النص على أصل البراءة مطلقا عليه وصف القرينة . إلا أن هذا المنهج التشريعى شابه القصور، فلم يكن إحصاء هذه الضمانات مانعا ولا جامعا، ولم يكن مناسبا وضع «قرينة البراءة» فى مؤخرة المبادئ، إذ كان يجب أن تجد مكانها فى صدر المادة التمهيدية؛ لأن كافة المبادئ الأساسية الأخرى ليست إلا ضمانات لها[٣] .

---

(١) انظر : Merle et Vitu, Procédure pénale, édition 2001, op. cit, no. 147, p. 187.

(٢) انظر ما تقدم بند ١١٤ .

(٣) انظر هذا المعنى في : Merle et Vitu, Procédure pénale, édition 2001, op. cit, no. 147, p. 187.

وإذا كان الضمان القضائي والمحاكمة المنصفة من ركائز الشرعية الدستورية في الإجراءات الجنائية، إلا أنهما في ذات الوقت يؤكدان الحماية القضائية لأصل البراءة في إطار الخصومة الجنائية في مواجهة الهيئات القائمة بالإجراءات الجنائية.

وقد بلغ الأمر فى القانون الفرنسى الصادر فى ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ حماية لأصل البراءة أن فتح الطريق أمام طعن غير عادى فى الحكم الجنائى، بخلاف طلب إعادة النظر، يسمح بطلب إعادة النظر فى الحكم الجنائى البات إذا صدر بعده حكم من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان يفيد بأن الإدانة قد قضى بها بالمخالفة للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبروتوكولات الملحقة بها. وهذا الطعن غير العادى يمكن أن يمارسه وزير العدل أو النائب العام لدى محكمة النقض، أو المحكوم عليه أو ممثله القانونى، أو ورثته. وتنظر فى هذا الطلب لجنة مكونة من أعضاء محكمة النقض تختارهم الجمعية العمومية لهذه المحكمة، فإذا رأت تلك اللجنة أن الطلب له ما يبرره - أحالت الدعوى إلى محكمة النقض للفصل فيها بهيئة جمعية عامة، أو تحيلها إلى محكمة أخرى من ذات درجة ونوع المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون عليه، وللجنة المشار إليها ولمحكمة النقض أن توقف تنفيذ هذا الحكم.

١٢٤ - الحماية القضائية لأصل البراءة خارج نطاق الخصومة الجنائية

يتمتع أصل البراءة بالحماية القضائية فى مواجهة المساس به من قبل الغير. فمن الزاوية الجنائية يعد المساس بأصل البراءة عن طريق العلانية جريمة يعاقب عليها

---

(١) انظر الدكتور طارق سرور، جرائم النشر، طبعة ٢٠٠١.

(٢) انظر مؤلفنا الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٧٧، ص ٢٧٩، ٢٨٠.

(٣) كان قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى يشترط للتعويض أن يترتب على الحبس الاحتياطى أن يلحق بالمتهم ضرر غير عادى ذو جسامة معينة، ثم ألغى هذا الشرط فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٩٦. وجاء قانون ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ فنص على عدم جواز رفض التعويض عن الحبس الاحتياطى إلا فى ثلاثة أحوال، هى: تأسيس الأمر بألا حجة لإقامة الدعوى على الحالة العقلية للمتهم، أو تأسيس البراءة على صدور قانون بالعفو بعد الحبس الاحتياطى، أو أن يكون المتهم قد اتهم نفسه طواعية لكى يمكن الغير من الإفلات من توجيه الاتهام إليه.

(انظر: D.N Commaret, L'indemminsation de la détention provisoire Rev. sc. crim. 2001, p. 117)

بأوصاف مختلفة، منها القذف والسب (المواد ٣٠٢ و٣٠٣ و٣٠٦ و٣٠٧ و٣٠٨ و٣٠٨ مكررا عقوبات. والمواد ١٨٥ و١٨٩ و١٩٠ و١٩١ و١٩٣ عقوبات) وقد نص قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى المعدل بالقانون الصادر فى ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ على أنه يجوز لقاضى التحقيق بناء على طلب صاحب الشأن أو من تلقاء نفسه أو بناء على طلب النيابة العامة أن يأمر - على نفقة الدولة - بنشر الأمر بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية، كله أو بعضه، أو بنشر ملخص يبين أسباب ومنطوق هذا القرار (المادة ١٧٧/ ١). كما يجوز لغرفة المشورة بالشروط السابقة أن تأمر بهذا النشر عندما تصدر الأمر بألا وجه (المادة ٢١٢/ ١).

وقد أجازت بعض التشريعات التعويض عن الحبس الاحتياطى، كما فى فرنسا وألمانيا. وقد جاء التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجنائية الفرنسى الصادر بقانون ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ فتوسع فى تعويض الحبس الاحتياطى، فأصبح هذا التعويض حقا للمحبوس احتياطيا عندما يتقرر ألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية أو يحكم ببراءة المتهم، ولم يعد مجرد رخصة متروكة لتقدير القاضى. فلا يجوز رفض الحكم بالتعويض عن الحبس الاحتياطى إلا فى ثلاث أحوال، هى:

(١) تأسيس الأمر بألا وجه لإقامة الدعوى على توافر عاهة عقلية عند المتهم.

(٢) صدور عفو عن المتهم عقب حبسه احتياطيا.

(٣) أن يثبت أن المتهم قد اتهم نفسه لتمكين الغير من الإفلات من الاتهام[1].

وأمام هذا التوسع فى التعويض عن الحبس الاحتياطى، كان لزاما أن يوفر القانون ضمانا لعدم الإسراف فى الحبس الاحتياطى، فاستحدث لتحقيق ذلك نظام قاضى الحريات والحبس حتى لا يأتى الحبس الاحتياطى إلا من قاض كل مهمته هو تقدير مدى ملائمة الحبس من عدمه (المادة ١٣٧-١ عقوبات فرنسى). وعلى هذا النحو وفر القانون ضمانا للتوازن بين حق المتهم فى التعويض عن الحبس الاحتياطى والمصلحة العامة، فى عدم الإسراف فى الحبس الاحتياطى من خلال تخويل الاختصاص به لقاض مستقل عن قاضى التحقيق.

---

(١) انظر: Dominique Noelle Commaret, L'indemmisation de la détention provisoire, Rev. sc. crim. 2001, p. 117.

ونص القانون الفرنسى المذكور على أن كل شخص يرد ذكره فى الصحافة المكتوبة بمناسبة توجيه اتهام جنائى إليه يجوز له أن يرفع خلال ثلاثة شهور من حصوله على أمر نهائى بألا وجه لإقامة الدعوى أو قرار بالإفراج عنه أو إخراجه صراحة من الدعوى بنشر هذا القرار فى الصحافة. كما يجوز للنيابة العامة بناء على طلب صاحب الشأن أن تقيم هذه الدعوى إذا ورد ذكره بمناسبة إجراءات الاستدلالات أو التحقيق الابتدائى معه (المادة ١٣ من قانون الصحافة الفرنسى الصاد سنة ١٨٨١). ومن الناحية المدنية، فإن نشر أية أخبار فى الصحف عن المشتبه فيه أو المتهم يعد خطأ مدنيا يستوجب التعويض لمخالفته لأصل البراءة الذى يتمتع به الإنسان.

وبالإضافة إلى ما تقدم، فقد أكد القانون الفرنسى الصادر فى ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ الحماية الجنائية لصورة المشتبه فى أمره، فأكد على عدم جواز توزيع صورة لشخص محدد أو قابل للتحديد مقيدا بقيد حديدى، وذلك بإضافة المادة ٣٥ من قانون الصحافة الفرنسى الصادر سنة ١٨٨١.

المبحث الثانى
الالتزامات التى تقع على المحكمة

§ ١ - اليقين القضائى أساس الحكم بالإدانة

١٢٥ - ماهيته

يعتمد القاضى فى قضائه على صوت ضميره، ويلبى نداء إحساسه وشعوره وتقديره لأدلة الدعوى وفقا لمبدأ حرية اقتناع القاضى الذى يعتنقه المشرع المصرى عدا الأحوال التى يحددها القانون (مثال ذلك المادة ٢٧٦ عقوبات التى تقيد إثبات جريمة الزنا على الشريك فى الجريمة بأدلة معينة) فلا تجوز مجادلة المحكمة فى اقتناعها بالأدلة وباستخلاص الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى(١). ولكن حرية المحكمة فى الاقتناع لا تعنى التحكم ولا تبنى على الفوضى فى التقدير، فيجب أن يسبب القاضى حكمه مؤسسا اقتناعه على أدلة مقبولة فى العقل والمنطق. فالحرية التى يمارسها القاضى تتم فى إطار المشروعية وتحت مظلة القانون، ولضمان ذلك، تتقيد المحكمة بضوابط معينة لتسبيب أحكامها حتى تكون مرآة لمنطق قضائى سليم، ولاحترام القانون، وتراقب محكمة النقض مدى مراعاة هذا المنطق من خلال رقابتها على تسبيب الأحكام، فيكون المنطق القضائى معوجا إذا شاب الحكم خطأ فى الاستقراء القضائى للأدلة بدا فى قصور الحكم فى البيان، أو خطئه فى الإسناد. وكذلك أيضا إذا شاب الحكم خطأ فى الاستنباط من الأدلة تجلى فى فساد الحكم فى الاستدلال(٢).

---

(١) انظر مؤلفنا: «النقض فى المواد الجنائية» طبعة ١٩٩٧، ص ٢٤٦ و٢٤٧.
(٢) المرجع السابق، ص ص ٢٦٩ - ٣٠٧.

ويشترط لسلامة المنطق القضائى أن تكون الأدلة التى كانت محلا للمنطق القضائى ثمرة لإجراءات مشروعة من خلال محاكمة منصفة.

وقد عبر قضاء المحكمة العليا الأمريكية عن اليقين القضائى بمعيار الإثبات بغير شك مقبول «beyond a reasonable doubt»[(١)]. ويعتمد هذا المعيار على أن كلا من احترام القانون الجنائى والثقة فى أحكام القضاء يتطلب عدم توافر أى شك مقبول عند الحكم بالإدانة، حتى لا يترك الناس فى شك حول ما إذا كان بعض الأبرياء قد قضى بإدانتهم. وقيل فى تبرير هذا المعيار أن إدانة إنسان برىء تعد أكثر سوءا من إطلاق سراح إنسان مذنب[(٢)].

١٢٦ـ تكامل اليقين القضائى مع اليقين القانونى

يترتب على أصل البراءة ألا تقتنع المحكمة بالإدانة إلا بناء على الجزم واليقين لا على الاحتمال أو الترجيح. وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن معيار الجزم واليقين يتمتع بالقيمة الدستورية، مؤسسة ذلك على أنه قد غدا دحض أصل البراءة ممتنعا بغير الأدلة التى تبلغ قوتها الإقناعية ـ فى مجال ثبوت التهمة ـ مبلغ الجزم واليقين بما لا يدع مجالا معقولا لشبهة انتفائها، وبشرط أن تكون دلالتها قد استقرت حقيقتها بحكم استنفد طرق الطعن وصار باتا[(٣)].

والقيمة الدستورية لليقين القضائى هى نتيجة منطقية للقيمة الدستورية لأصل البراءة، ومن ثم فإن الأمر يتعدى مجرد بطلان الحكم بالإدانة الذى بُنى قضاؤه على الترجيح أو الاحتمال إلى تقدير عدم دستورية النصوص التشريعية التى تسمح بالحكم بالإدانة بناء على الاشتهار بارتكاب الجرائم، وهو ما حدا بالمحكمة

---

(١) Winship, 397 U.S. 358, 361 (1970) Sullivon V. Louisiana, 508 U.S. 375 (1993) Victor V. Nebraska, 511 U.S. 1 (1994).

(٢) انظر: Louis Fisher, American Constitutional law, Third edition, 1999, Carolina Academic Press, p. 718.

(٣) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، ٧ مارس سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٠ لسنة ١٠ قضائية «دستورية».

الدستورية العليا إلى الحكم بعدم دستورية نص المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهم[١].

ولا شك فى أن اليقين القانونى فى نصوص القانون لا بد أن يقابله يقين قضائى. فإذا كان المشرع الجنائى - حماية للأمن القانونى - يتطلب هذا اليقين فى صياغة نصوص قانون العقوبات[٢]. فلا قيمة لهذا اليقين ما لم يكمله يقين قضائى عند تطبيق هذه النصوص على المتهم المقضى بإدانته. فالأمن القانونى يخاطب كلا من المشرع والقاضى سواء بسواء[٣].

---

(١) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٢) فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣.

(٢) انظر ما تقدم ص ٧٢ وما بعدها.

(٣) قيل بأن تخلف تسبيب الأحكام القضائى وغموض منطقها يقلل من احترام القضاة لمتطلبات الأمن القانونى.

Berlrand Mathicu (France), Table Ronde, Constitution et sécurité juridique, Annaire International de justice constitutionnelle, 1999, op. cit., p. 183.

§ ٢ـ الشك يفسر لمصلحة المتهم

١٢٧ـ مدلول المبدأ

لا يحول أصل البراءة دون تمكين سلطة الاستدلالات أو سلطات الاتهام أو التحقيق أو المحاكمة من استخلاص دلائل أو أدلة تشير إلى ثبوت التهمة قبل المتهم واتخاذ الإجراءات الجنائية قبله، وهو ما ينطوى على مساس بأصل البراءة. لهذا وجب إحداث توازن بين المصلحة العامة التى تقتضى اتخاذ هذه الإجراءات الجنائية وبين حماية حقوق المتهم وحرياته، وهو ما يتمثل ـ كما سنبين فيما بعد ـ فى توفير ضمانات المحاكمة المنصفة. بالإضافة إلى ذلك فإنه فيما يتعلق بالإثبات يجب تفسير الشك لمصلحة المتهم «in dubio pro reo»، فهذا الشك يعنى إسقاط أدلة الإدانة والعودة إلى الأصل العام وهو البراءة عند توافر الشك فى هذه الأدلة.

وقد ورد فى الحديث الشريف عن عائشة أم المؤمنين، وأخرجه الترمذى قوله: «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة»، وقال عمر بن الخطاب «لأن أعطل حدود ا فى الشبهات خير من أن أقيمها».

وهذا المبدأ طبيعية لمعيار الجزم واليقين كأساس للحكم بالإدانة لا مجرد الظن والاحتمال. ومن ثم فإن كل شك فى الاقتناع يجعل الحكم بالإدانة على غير أساس. فالشك يجب أن يستفيد منه المتهم، لأن الأصل فيه هو البراءة. وتبسط محكمة النقض رقابتها على هذا الموضوع من خلال مراقبتها لصحة الأسباب. فمن المقرر أن مبدأ حرية القاضى فى الاقتناع لا يعنى فقط أنه حر فى أن يعتقد أو لا يعتقد فى صحة الأدلة المقدمة، وإنما يعنى أيضا أنه لا يملك الخروج على ضوابط الاقتناع، ولا يستطيع القضاء بغير اليقين.

وبناء على مبدأ تفسير الشك لصالح المتهم، يكفى لصحة الحكم بالبراءة أن

يتشكك القاضي في صحة إسناد التهمة[1] ، إلا أن الاكتفاء بمجرد الشك في إثبات التهمة مشروط بأن يشمل الحكم بالبراءة ما يفيد أن المحكمة قد أحاطت بظروف الدعوى وأدلة الثبوت التي قام عليها الاتهام عن بصر وبصيرة ، ووازنت بينها وبين أدلة النفي فرجحت دفاع المتهم أو داخلتها الريبة في صحة أدلة الإثبات[2] .

وتتعدد مجالات الشك ، فمنها ما يتعلق بالركن المادى أو الركن المعنوى ، أو شروط المسئولية الجنائية (الإسناد المادى والإسناد المعنوى) .

وهنا يجب ملاحظة الخلاف بين الحكم بالإدانة ، والحكم بالبراءة فيما يتعلق ببيان الأدلة . فالحكم الأول يجب أن يستوفي مضمون الأدلة التي بنى عليها ، بخلاف الحكم الثاني ، فإنه يكفي فيه مجرد إبداء الرأى حول قيمة أدلة الإثبات ، دون أن تلتزم المحكمة ببيان أدلة قاطعة على البراءة ، لأنه يكفي مجرد تشككها في الاقتناع بأدلة الإثبات ، أى أن الحكم بالإدانة يجب أن يبنى على اليقين في الاقتناع بأدلة الإثبات ، بينما حكم البراءة يكفي فيه أن يؤسس على الشك في الاقتناع بهذه الأدلة[3] .

ويكفي للتدليل على الشك عند القضاء بالبراءة الاستناد إلى أى دليل ولو كان وليد إجراء غير مشروع ، وهذا هو ما أكدته محكمة النقض[4] . وعلة ذلك أنه طالما كان الأصل في المتهم البراءة فلا حاجة للمحكمة في أن تثبت براءته ، وكل ما تحتاج إليه هو أن تتشكك في إدانته . والدليل المستمد من إجراء غير مشروع هو دليل باطل فيما يتعلق بإثبات الإدانة ، لأن الإدانة عكس الأصل العام في الأشياء وهو البراءة ،

---

(١) نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة الأحكام س ١٥ رقم ١٣٢ ص ٦٦٨ ، أول مارس سنة ١٩٦٥ س ١٦ رقم ٣٩ ص ١٧٩ ، ٢٨ يونية سنة ١٩٦٥ س ١٦ ، ١٢٢ ص ٥٢٤ ، ١٩ أكتوبر سنة ١٩٦٥ س ١٦ رقم ١٣٧ ص ٧٢٤ ، ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٦ ص ٨٣٢ . وانظر في فرنسا:
Metz 22 Février 1980 J.C.P. 1981 11. 19493 note chambon, Crim. 21 Mars 1990, Bull. no 123.

(٢) انظر نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ١٨٧ ص ٧٦٧ .

(٣) انظر مؤلفنا : «النقض في المواد الجنائية» مرجع سابق ، ص ص ٢٧٩ - ٢٨٤ .

(٤) نقض ٢٥ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة الأحكام س ١٦ رقم ٢١ ص ٨٧ ، وانظر في نقد هذا الحكم الدكتور رؤوف عبيد ، الإجراءات الجنائية طبعة ١٩٧٠ ص ٦١٢ ، وقد رددت محكمة النقض ذات المبدأ في نقض جلسة ٣١ يناير ١٩٦٧ س ١٨ رقم ٢٤ ص ١٢٨ ، ونقض جلسة ١٥ فبراير سنة ١٩٨٤ س ٣٥ رقم ٣١ ص ١٥٣ . ويراعى ما أوردته محكمة النقض أن هذا النظر لا يقيد سلطة الاتهام أو كل ذى شأن فيما يرى اتخاذه من إجراءات أخرى تترتب على عدم مشروعية الوسيلة التي استند إليها في إثبات البراءة .

فيما يتعلق بإثبات الإدانة، لأن الإدانة عكس الأصل العام فى الأشياء وهو البراءة، بخلاف الحال فى البراءة، فإنها تمثل الأصل العام(1). كما لا يقدح فى سلامة الحكم بالبراءة أن تكون إحدى دعاماته معيبة مادام قد أقيم على دعامات أخرى متعددة لم يوجه إليه أى عيب يكفى لحمله(2). ولا محل هنا لتطبيق مبدأ تساند الأدلة الجنائية فى الإثبات، لأن الأصل فى المتهم البراءة كما أن المحكمة فى حل من التقيد بقواعد الإثبات التى لا يتقيد بها القاضى إلا فى مقام الإدانة(3).

١٢٨ـ نطاق المبدأ

لا يسرى هذا المبدأ على كافة مراحل الدعوى الجنائية، بل يجب تطبيق هذا المبدأ فى كافة الإجراءات الجنائية سواء كانت قبل المحاكمة أو فى أثنائها، فلا يجوز إذا توافر الشك الواجب تفسيره لمصلحة المتهم حبسه احتياطيا، فلا يجدى مع حبس هذا المتهم توفير ضمانات الدفاع، لأن هذه الضمانات لن تصلح الخلل الذى وقع بالتوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة. ولهذا فإنه من غير المقبول قانونا كذلك أن تأمر المحكمة بحبس المتهم المفرج عنه احتياطيا فى أثناء المحاكمة دون مقتض، وخاصة إذا كان مواظبا على حضور جلسات المحاكمة. فهذا الإجراء فى حد ذاته ينطوى على مخالفة لقاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم، على نحو يخشى معه أن يفسد عقيدة المحكمة.

(1) تغيير مسمى المتهم: ويلاحظ أن القانون الفرنسى كان يأخذ باصطلاح «المتهم» "inculpe" و«اتهام» "inculpation" الذى يقصد به الشخص الذى أسند إليه قاضى التحقيق أنه ساهم فى ارتكاب جريمة. وتقديرا لأصل البراءة فقد عدل قانون الإجراءات الجنائية منذ تعديل ١٩٩٣ عن استخدام هذا التعبير واستخدم بدلا عنه تعبيرا آخر هو «الشخص محل الفحص» "personne mise en examen" (انظر المادة ١ـ٨٠ من قانون الإجراءات الجنائية المعدل لسنة ١٩٩٣ وسنة ٢٠٠٠).

---

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية طبعة ١٩٧٠ ص ٣٤٨.
(٢) نقض ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٢ مجموعة الأحكام س ٢٣ رقم ٢٩٥ ص ١٣١٣، ١٩ مايو سنة ١٩٨٠ ص ٣١ رقم ١٢٦ ص ٦٤٧.
(٣) نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٨١ مجموعة الأحكام س ٣٢ رقم ٢٠٦ ص ١١٥٣.

(٢) الشاهد المشتبه فيه: وقد ثار البحث فى ضوء ذلك عن مسمى الشخص الذى توجه إليه النيابة العامة أو المدعى المدنى الاتهام فى طلباته المبدئية المقدمة لقاضى التحقيق. وكانت محكمة النقض الفرنسية قد أطلقت عليه اسم «الشخص محل الفحص المحتمل» "personne mise en examen virtuelle"[1]. إلا أن المشرع الفرنسى لم يرحب بهذا الاصطلاح، فأجرى تعديلا فى سنة ١٩٩٣ على المادة ١٠٥ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى (حاليا المادة ١-١١٣ منذ تعديل سنة ٢٠٠٠)، أجاز فيه لقاضى التحقيق أن يسمع الشخص الذى حددته النيابة العامة فى طلباتها المبدئية بصفته شاهدا مشتبها فيه وأطلق عليه اصطلاحا تعبير "témoin assisté" اشارة إلى أن هذا الشاهد يتم مساعدته عن طريق السماح له باصطحاب محام. وقد توسع تعديل سنة ٢٠٠٠ فى تحديد المقصود بهذا الشاهد لكى يشمل كل شخص تتضمنه شكوى المجنى عليه المقدمة لقاضى التحقيق، ولو لم تتضمن ادعاء مبدئيا أو اتهامه بواسطة المجنى عليه. كما أجاز القانون لقاضى التحقيق إضفاء هذا الوصف على الشاهد الذى يتبين من التحقيق توافر أمارات ظاهرة على مساهمته فى ارتكاب الجريمة (المادة ٢-١١٣ إجراءات المعدلة سنة ٢٠٠٠).

وتقديرا من المشرع الفرنسى لأصل البراءة وتحقيقا للتوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة - فإن هذا الشاهد لا يحلف اليمين، ويتمتع بجميع حقوق الدفاع التى يملكها الشخص محل الفحص (أى المتهم) بما فى ذلك حق الاستعانة بمحام[2]، كما لا يجوز حبسه احتياطيا، ولا تقديمه بهذه الصفة (الشاهد المشتبه فيه "témoin assisté") إلى المحاكمة.

---

(١) انظر: Merle et Vitu, Procedure 5 éme pénale édition, op. cit., no. 450, p. 530.

وانظر أيضا: Crim, 2 Juill 1998, Bull. 214.

(٢) وقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن رفضت سنة ١٩٩٠ السماح بحضور محام له على أساس أنه ليس طرفا فى الخصومة الجنائية (crim. 30 Oct. 1990, bull. crim . no. 362.)

إلا أنها فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٩٨ أكدت أن الشاهد المشتبه فيه هو بالضرورة طرف فى الخصومة الجنائية. (crim. 19 Nov.. 1990, bull. crim . no. 362.)

انظر: A. Jiu Dicelli; le témoin assisté et la personne mise en examan:vers un nouvel équilibre? Rev, sc. 2001 p. 43-46

وقد أجاز القانون الفرنسى للشاهد المشتبه فيه فى أية مرحلة من الدعوى فى أثناء التحقيق أن يطلب من قاضى التحقيق بمناسبة تأدية شهادته أو بناء على خطاب مسجل بعلم الوصول اعتباره محلا للفحص وفقا للاصطلاح الذى استخدمه تعديل ٢٠٠٠، أى متهما وفقا للاصطلاح القديم، وفى هذه الحالة يعتبر محلا للفحص ويستفيد بمجموع حقوق الدفاع (المادة ٦-١١٣ إجراءات فرنسى).

وهكذا يتبين أن التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة سمح باتخاذ إجراءات جنائية - ومنها الحبس الاحتياطى - قبل من توافرت ضده أدلة الاتهام ولم تسمح بذلك بالنسبة لمن توافرت ضده مجرد أمارات، أى شبهات.

الباب الثـــانى

الضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية

الفصل الأول
ماهية الضمان القضائى
في الإجراءات الجنائية

المبحث الأول
عموميـــات

١٢٩ـ الأهمية الدستورية للضمان القضائى

فى صدد الإجراءات الجنائية، حيث تتعرض الحرية الشخصية وما يتعلق بها من الحقوق والحريات للخطر؛ تبدو أهمية الحق فى الالتجاء إلى القضاء. فمن خلال تدخل القضاء يمكن الاطمئنان إلى إحداث التوازن بين المصلحة العامة وحماية الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات. وبه يكفل قانون الإجراءات الجنائية تحقيق الموازنة بين المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات، وذلك بإجراء محاكمة عادلة "Équitable" (منصفة) تحترم فيها جميع الضمانات وعلى رأسها حق الدفاع. وهنا يكون الضمان القضائى حاميًا للحرية. ومن ناحية أخرى، فإن الضمان القضائى يكفل توقيع الجزاء المترتب على عدم المشروعية الإجرائية التى تقع من المكلفين بتطبيق القانون أو تنفيذه، وذلك بتوقيع الجزاء المناسب. وبهذا الضمان تتأكد سيادة القانون (أى المشروعية).

وهكذا يؤدى الضمان القضائى دورا مزدوجا؛ مرة فى أثناء مباشرة الإجراء وذلك بضمان التوازن بين المصلحة العامة و حماية الحقوق والحريات، ومرة أخرى إذا وقع عيب عدم المشروعية وذلك من أجل حماية هذا التوازن. وعلى هذا النحو فإن الضمان القضائى يكفل المشروعية الإجرائية سواء أثناء مباشرة الإجراء، أو بعد هذه المباشرة، لمواجهة أى عيب يلحقها. وبهذا تأكد أن الضمان القضائى هو الحارس للشرعية.

والأصل أنه فى مرحلة التحقيق الابتدائى أنه يجب أن يوفر القاضى رقابة على سير التحقيق، وأن يرخص بالإجراءات الماسة بالحرية الشخصية، ويأمر بإحالة المتهم إلى المحاكمة إذا توافرت فى شأنه دلة كافية. وفى مرحلة المحاكمة، من الضرورى أن يفصل قاض آخر فى ثبوت التهمة ويقضى بالعقوبة عند الإدانة. وفى مرحلة التنفيذ يتعين أن يشرف قاض آخر على تنفيذ العقوبات.

ويعد الضمان القضائى مفترضا لازما للوصول إلى محاكمة عادلة (منصفة)، وحقا يعبر عنه بالحق فى التقاضى. وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا فى قولها بأن حق التقاضى لا تكتمل مقوماته ولا يبلغ غايته ما لم توفر الدولة للخصومة فى نهاية مطافها حلا منصفا يمثل التسوية التى يعمد من يطلبها إلى الحصول عليها بوصفها الترضية القضائية التى يسعى إليها لمواجهة الإخلال بالحقوق التى يدعيها[1]. فإذا أرهقها المشرع بقيود تعسّر الحصول عليها، أو تحول دونها ـ كان ذلك إخلالا بالحماية التى كفلها الدستور لهذا الحق، وإنكارا لحقائق العدل فى جوهر ملامحها[2]. وطالما أن الحق الموضوعى المراد حمايته ما زال باقيا (حق الملكية) فلا يسقط الحق فى إقامة الدعوى التى تحميه[3].

وقرر المجلس الدستورى الفرنسى عدم دستورية نص فى القانون الخاص بمحكمة الجمهورية للعدالة التى تفصل فى الجرائم المنسوبة لأعضاء الحكومة؛ يعطى للمضرور من الجريمة الحق فى طلب الادعاء المدنى أمام لجنة الشكاوى التى يمكنها إما حفظ هذا الطلب أو إحالته إلى النائب العام لدى محكمة النقض لعرضه على المحكمة، وذلك على أساس أن هذا النص يمس الحق فى التقاضى[4].

---

(١) دستورية عليا فى ٣ إبريل سنة ١٩٩٣، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٢١ ص ٢٤١.

(٢) دستورية عليا فى ٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ٣٣ لسنة ٢١ قضائية «دستورية».

(٣) انظر دستورية عليا فى ٢ أكتوبر سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٢١٥ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» بشأن عدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة ١٢ من القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن أموال أسرة محمد على المصادرة، والتى تنص على سقوط كافة الحقوق بالنسبة إلى الأموال المصادرة إذا لم يقدم عنها طلب إلى اللجنة المشكّلة بقرار من وزير العدل خلال سنة من تاريخ النشر فى الجريدة الرسمية. وانظر دستورية عليا فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» بعدم دستورية المادة ١٤/ ١ من القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ فيما تضمنته من عدم جواز سماع الدعوى المتعلقة بمصادرة أموال محمد على.

(٤) Déc. no. 93-327 du 19 nov. 1993, Recueil jur. const. p. 555.

وقضى المجلس الدستورى الفرنسى بأن سحب رخصة قائد السيارة الذى يتجاوز السرعة القانونية بقرار إدارى لا يمس حق الالتجاء إلى القضاء طالما أن السائق المتهم يمكن أن يلجأ إلى القاضى الجنائى لبحث مدى وقوع الجريمة ونسبتها إليه، فضلا عن حقه فى الالتجاء إلى القاضى الإدارى لبحث مدى سلامة إجراءات سحب الرخصة(١).

ويتفرع عن حق التقاضى أنه لا يجوز بحال من الأحوال أن يكون التحكيم إجباريا يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذا لقاعدة قانونية آمرة، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق، فإذا ما فرضه المشرع قسرا كان ذلك يعد انتهاكا لحق التقاضى الذى كفله الدستور.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٥٧ من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٨٣ الذى يفرض نظاما للتحكيم الإجبارى كوسيلة لإنهاء المنازعات التى تقوم بين أصحاب البضائع ومصلحة الجمارك حول نوع البضاعة أو منشئها أو قيمتها، وذلك بدلا من اللجوء فى شأنها إلى القضاء. وأسست المحكمة قضاءها على أن التحكيم الإجبارى ينافى الأصل فيه، باعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يجوز إجراؤه تسلطا وكرها، بما مؤداه أن اختصاص جهات التحكيم التى أنشأها النص المطعون فيه مع سائر النصوص المرتبطة به، يكون منطويا بالضرورة على إخلال بحق التقاضى بحرمان المتداعين من اللجوء - فى واقعة النزاع الموضوعى الماثل - إلى محاكم القانون العام بوصفها قاضيها الطبيعى بالمخالفة للمادة ٦٨ من الدستور(٢). وقضت المحكمة الدستورية العليا بناء على ذات الأسانيد بعدم دستورية نص المادة ١٧ من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ فيما تضمنه من أن لصاحب الشأن أن يطلب إحالة النزاع إلى التحكيم المنصوص عليه فى هذا القانون إذا رفض تظلمه أو لم يبت فيه، وإلا اعتبر تقدير المصلحة نهائيا(٣).

(١) Déc. 99-411 Dc du 16 Juin 1999 (Annuaire International de la jurisprvdence constitutionnelle, 1999, p 622).

(٢) دستورية عليا فى ٣ يوليو سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية».

(٣) دستورية عليا فى ٦ يناير سنة ٢٠٠١ فى القضية رقم ٦٥ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

ولا يؤثر فى توافر الحق فى الالتجاء إلى القضاء اشتراط الالتجاء إلى طريق التظلم الإدارى قبل أن ينفتح ميعاد الطعن القضائى، طالما حدد المشرع موعدا محددا للالتجاء إلى القضاء حتى ولو لم تفصل جهة الإدارة فى التظلم[١].

وقد رتب المجلس الدستورى الفرنسى تفريعا على حق التقاضى عدم دستورية النص الذى يمنع الالتجاء إلى القضاء للحصول على تعويض عن الضرر، مقررا أن حرمان الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص المعنويين من حق المطالبة بالتعويض أمام القضاء يمثل مساسا جسيما بمبدأ المساواة[٢].

١٣٠ـ السلطة القضائية وسيادة القانون

تعبر الدولة عن إرادة الشعب صاحب السيادة. وتتكون هذه الإرادة من ثلاثة عناصر يعبر عنها بسلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية. وتتعاون كل من هذه السلطات مع الأخرى فى التعبير عن سيادة الشعب. ووفقا لمبدأ الفصل بين السلطات يمارس الأفراد والأجهزة القائمة عليها اختصاصاتهم تعبيرا عن هذه السيادة.

فمجلس الشعب يعبر عن سيادة الشعب فيما يوافق عليه من مشروعات القوانين، والحكومة تمثل هذه السيادة فيما تقوم به من تنفيذ للقوانين. والقضاء يحكم أى يعبر باسم الشعب فى حدود اختصاصه القضائى. وإذا كان مونتسيكو قد نادى بالفصل بين السلطات للوقوف ضد التحكم والدكتاتورية، فإن هذا المبدأ قد أصبح ضروريا فى الدولة القانونية التى يعلو فيها مبدأ سيادة القانون الذى تحترم فيه الحقوق والحريات.

وتنهض الدولة كنظام قانونى بحماية الحقوق والحريات عن طريق إصدار القانون الذى يقرر هذه الحماية، ومن خلال السلطة القضائية التى تكفل الحماية المذكورة. فإرادة القانون فى حماية الحقوق والحريات لا تنتج آثارها بطريقة فعالة إلا إذا كفل القضاء هذه الحماية. والتدخل القضائى هو الذى يضمن فاعلية نصوص القانون، بخلاف السلطة التنفيذية، فإنها تعمل على مجرد تطبيق القانون دون أن

---

(١) انظر حكم محكمة التحكيم البلجيكية التى تملك الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين:
Arrêt no 114/2000, chronique, Annuaire International de la justice constitutiannelle, 2000, p. 591

(٢) Déc. 22 Octobre 1982, 82-144 Dc.

وانظر تعليق Favoreu فى مؤلف La légitimité de la jurisprudence du conseil constitutionnel, Economica, 1999, p. 388, 389.

تملك التأكد من سلامة هذا التطبيق، وبالتالى لا تملك ضمان الحماية التى يقررها القانون للحقوق والحريات على وجه أكيد. فالقرارات الإدارية مهما كانت قيمتها تتضاءل أمام الأحكام القضائية بقوتها وحجيتها. والسلطة القضائية باستقلالها وحيادها أكثر قدرة من غيرها فى التعبير عن الإرادة الحقيقية للقانون.

وتتكامل السلطة القضائية مع السلطة التشريعية فى تطبيق القانون لحماية الحقوق والحريات؛ فالسلطة التشريعية تضع القانون تطبيقا للدستور، والسلطة القضائية تصدر الحكم تطبيقا للقانون. ويمارس القاضى دوره بتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق وتفسير مضمونها. ولا يقتصر عمل القاضى فى هذا الشأن على التعرف على القاعدة القانونية وتحليل مضمونها، وإنما ينهض أيضا بإجراء التكييف اللازم لهذا المضمون مع الوقائع القانونية المعروضة عليه(١)، ويسهر على احترام وتطبيق الحقوق والحريات العامة للأفراد(٢).

فنصوص القانون تظل صامتة جامدة حتى يتدخل القاضى لتقرير المعانى الصحيحة التى أراد القانون التعبير عنها. والأحكام التى يصدرها القضاء وتحوز قوة الأمر المقضى، تنال قوة الحقيقة القانونية، فتستفيد من قرينة المطابقة مع كلمة القانون. ولهذا صح القول بأن القضاء ركن فى قانونية النظام، وأنه لا قانون بغير قاض(٣). ويحكم القاضى وفقا لقانونه الوطنى. وقد تساءل البعض عما إذا كان هناك مجال للحديث عن حكومة القضاة؟ وقد رد على ذلك بالنفى على أساس أن القضاة ملزمون بحكم القانون، وأحكامهم فى القضاء العادى لها حجية نسبية، وأحكام النقض ليست ملزمة لمحكمة الإحالة إلا إذا صدرت من الهيئة العامة للمواد الجنائية أو المدنية(٤).

---

(١) Thierry Renoux; Le conseil constitutionnel el l'autorité,Paris, 1984, p 28.

(٢) Actualité scientifique; les droits fondamentaux Bruylant, 1997, p. 346 (por p Foucher).

(٣) انظر مقالنا: «الضمانات الدستورية للحرية الشخصية فى الخصومة الجنائية» مجلة مصر المعاصرة ١٩٧٢ ص ٤٧ وما بعدها.

(٤) إلا أن الدستور الفرنسى خول القاضى سلطة عدم تطبيق النصوص المتناقضة مع المعاهدات الدولية المصدق عليها من البرلمان. وتملك المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان - المجتمعة فى استراسبورج لتطبيق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان - أن تدين الدول إذا صدر حكم يخالف هذه الاتفاقية. وقد خول القانون الفرنسى الصادر فى ٢ أكتوبر سنة ١٩٨١ المواطنين الالتجاء مباشرة إلى هذه المحكمة إذا أصاب حقوقهم ضرر بسبب المساس بها تشريعيا.
انظر: Pierre Truche, Juger être jugé, Fayard, 2001, p. 71-76.

ويتسع الحق فى التقاضى إلى الحق فى تنفيذ أحكام القضاء. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن كل عقبة تحول دون اقتضاء الحق المقضى به تعد إخلالا بالحق فى التقاضى[١]، وبالتالى يكون إخلالا بالضمان القضائى.

ويتضح مما تقدم أن سيادة القانون تستلزم أن يكون هذا القانون مكفولا بالتطبيق من سلطة مستقلة محايدة هى القضاء. فالسلطة القضائية هى التى تسهر على تأكيد هذه السيادة وضمان تحقيق المشروعية وتوقيع الجزاء المناسب على عدم المشروعية. والقضاء وحده هو الذى يملك تقرير المشروعية من عدمه. وعلى هذا النحو فإن السلطة القضائية هى الضمان الفعال لسيادة القانون.

١٣١ـ القضاء كحارس للحريات

ارتفع مبدأ أن القاضى هو حارس الحرية الشخصية فى فرنسا منذ القرن التاسع عشر، حيث كانت المحاكم القضائية وحدها مكلفة بالمعاقبة على الجرائم التى تقع بالمخالفة لقانون العقوبات، ولهذا أطلق على القضاة أنهم الحراس الطبيعيون لحقوق الفرد "Les Gardiens naturels des droits de l'individue"[٢]. ويمارس القضاء حمايته للحرية بكفالة الضمانات التى يقررها القانون لحمايتها فى مواجهة خطر التعسف أو التحكم. والحماية القانونية للحرية لا تكون بمجرد إصدار القوانين، وإنما بالتعرف على مبادئها وتطبيقها، وهو ما لا يتحقق إلا بسلطة مستقلة كل الاستقلال عن غيرها من سلطات الدولة، تكون أحكامها واجبة الاحترام من الجميع حكاما ومحكومين على السواء، هى السلطة القضائية. ولهذا قيل بأن مبدأ الفصل بين السلطات يسبق مبدأ «القاضى هو الحارس للحرية الشخصية». وقد نصت المادة الثانية من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان على أن لكل شخص الحق فى أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية

---

(١) دستورية عليا فى ٣ إبريل سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية «دستورية». مجموعة أحكام الدستورية العليا، جـ٥ (المجلد الثانى) القاعدة رقم ٢١ ص ١ ط، ٦ فبراير سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٨١ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٢) وقد كانت المحاكم مكلفة بحماية حق الملكية الخاصة، وتطور الأمر فامتد اختصاصها لحماية غير ذلك من الحقوق الأساسية للفرد وعلى رأسها الحرية الشخصية.

التى يمنحها له القانون. ونصت المادة العاشرة من هذا الإعلان على أن لكل شخص الحق فى محاكمة منصفة علنية أمام محكمة مستقلة ومحايدة. وعنى الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٩٥٨ بالنص على هذا المبدأ فى المادة ٦٦/ ٢ منه بالقول إن «السلطة القضائية تحافظ على الحرية الفردية، وتضمن احترام هذا المبدأ بالشروط المنصوص عليها فى القانون». وقد اعتنق الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ هذا المبدأ، فنص فى المادة ٦٥ على أن «تخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات». كما نصت المادة ٨٦/ ٢ من هذا الدستور على «حظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء». ومن مجموع ومؤدى هذين النصين يتضح أن القضاء فى مصر هو الحارس للحقوق والحريات، طالما كان استقلاله وحصانته ضمانان أساسيان لحمايتها، وطالما كانت رقابة القضاء على المشروعية مكفولة دائما بغير استثناء.

ويلاحظ أن رسالة القضاء فى حراسة الحقوق والحريات تؤدى إلى وجوب توافر الضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية التى تمس هذه الحريات. وهذه الرسالة هى أصل عام من أصول الشرعية الدستورية التى يلتزم بمراعاتها قانون الإجراءات الجنائية. وتستمد هذه الشرعية أصولها فى الدستور المصرى من المادتين ٦٥، ٦٨/ ٢ سالفتى الذكر. فقد تكفلت هاتان المادتان بتقرير الحماية القضائية للحريات دون الإحالة على القانون. فيقتصر دور القانون فى هذه الحالة على مجرد التنظيم دون أن يملك الحد من نطاق هذه الحماية. هذا بخلاف الحال فى فرنسا. فقد ذهب البعض[١] إلى أن الدستور الفرنسى فى المادة ٦٦/ ٢ قد نص على ضمان احترام محافظة السلطة القضائية على الحرية الشخصية بالشروط المنصوص عليها فى القانون، وهو ما يعنى أن للقانون دورا فى تحديد نطاق هذه الحماية، وبالتالى فإنها لا تنال قيمة دستورية ولا تتمتع بغير قيمة تشريعية بحتة. وهو رأى محل نظر لأن دور القانون تنظيمى بحت.

---

(١) P. BRETTON; L'autorité judiciaire gardienne des libertés et de la propriété privée, thése 1964, p. 27.

وفى نطاق الضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية، يجب أن تكفل هذه الإجراءات من خلال القاضى حماية الحرية الشخصية وسائر الحقوق والحريات فى الخصومة الجنائية، سواء كانت حقوق المتهم أو حقوق المجنى عليه(1).

وتأكيدا لدور القضاء فى حماية الحريات استحدث القانون الفرنسى الصادر فى ١٥ يونية سنة ٢٠٠١ نمطا جديدا من القضاء، هو قاضى الحريات والحبس، لكى ينظر طلبات الحبس الاحتياطى. كما أجاز هذا القانون استئناف أحكام محاكم الجنايات، وأجاز الطعن فى بعض قرارات قاضى تنفيذ العقوبات(2).

١٣٢- السلطة القضائية فى المواثيق الدولية والإقليمية والدساتير العالمية

حرص الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى عام ١٩٤٨ على تقرير حق الإنسان فى قضاء مستقل محايد بما نص عليه فى المادة العاشرة من أنه «لكل إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق فى أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة، نظرا منصفا وعلنيا، للفصل فى حقوقه والتزاماته وفى أى تهمة جزائية توجه إليه»، ويضمن العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسة لسنة ١٩٦٦ ممارسة الحق المشار إليه (المادة ١٤).

وقد صدر عن المؤتمر العالمى لاستقلال القضاء الذى عقد فى مونتريال بكندا فى سنة ١٩٨٣ إعلان عالمى لاستقلال القضاء أكد على حق كل إنسان فى أن يقاضى دون إبطاء من قبل المحاكم العادية، أو من قبل المحاكم القضائية، وتكون خاضعة لإعادة النظر (الطعن) من قبل المحاكم العليا، ونص على ضرورة أن تستقل السلطة القضائية عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، وألا تجوز ممارسة أية سلطة من شأنها التدخل فى العملية القضائية ولا يكون للسلطة التنفيذية أية رقابة على الوظائف القضائية أو أية سلطة لوقف العمل فى المحاكم أو تعليقه، كما لا يجوز لها

---

(١) انظر أعمال المؤتمر الدولى الثانى عشر لقانون العقوبات المنعقد فى هامبورج سنة ١٩٧٩ والذى عالج حقوق المتهم، والمؤتمر الدولى الحادى عشر لقانون العقوبات المنعقد فى بودابست سنة ١٩٧٤ والذى عالج حقوق المجنى عليه.

(٢) انظر: Christine Lazerges, Le renforcement de la protection de la présonption d'innocence et des droits des victimes: histoine d'ume navette parlementaire, Rev. sc. crim. 2001. pp. 18-23.

القيام بأى عمل أو تعطيل القيام بأى عمل يؤدى إلى استبعاد الحل القضائى لأحد النزاعات، أو تعطيل التنفيذ السليم لقرار إحدى المحاكم، هذا فضلا عما أورده ذلك الإعلان فى شأن استقلال القضاة مما سيرد بيانه فيما بعد.

وتعد المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية إحدى الإنجازات الرئيسية لمؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين والذى عقد فى ميلانو بإيطاليا سنة ١٩٨٥، وقد دعا المؤتمر فى قراره المتعلق بهذه المبادئ إلى تنفيذها فى المجالات الوطنية والإقليمية، ودعا الأمين العام للأمم المتحدة أن يتخذ خطوات لضمان نشرها على أوسع نطاق ممكن، وأن يعد تقريرا بشأن تنفيذها. وجاء إعلان المبادئ الأساسية فى شأن استقلال القضاء التى تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقراريها الصادرين فى ٢٩ يناير سنة ١٩٨٥ و ١٣ ديسمبر سنة ١٩٨٥ مؤكدا بوضوح أن المنازعات التى تدخل فى اختصاص السلطة القضائية، ينبغى الفصل فيها بطريقة محايدة، وعلى ضوء وقائعها ووفقا لحكم القانون بشأنها، مع تجرد قضاتها من عوامل التأثر والتحريض، وكذلك من كل صور الضغوط أو التهديد أو التدخل غير المشروع - مباشرا كان أو غير مباشر - وأيا كان مصدرها أو سببها.

وعلى المستويات الإقليمية، نصت المادة الثامنة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٧٨ على أنه «لكل شخص الحق فى محاكمة تتوافر فيها الضمانات الكافية وتجريها خلال وقت معقول محكمة مختصة مستقلة غير متميزة كانت قد أسست سابقا وفقا للقانون. . »، كما أصدر المجلس الإسلامى العالمى المنعقد فى باريس سنة ١٩٨١ بيانا عالميا عن حقوق الإنسان فى الإسلام أكد حق الفرد فى أن يلجأ إلى سلطة شرعية تحميه وتنصفه، وتدفع عنه ما لحقه من ضرر أو ظلم، وأوجب على الحاكم المسلم أن يقيم هذه السلطة، ويوفر لها الضمانات الكفيلة بحيدتها واستقلالها[1]. وألقى مشروع ميثاق حقوق الإنسان والشعب فى الوطن العربى - الذى أعد فى مدينة سيراكوزا بإيطاليا فى ديسمبر ١٩٨٦ بدعوة من المعهد

---

(١) الشافعى محمد بشير - قانون حقوق الإنسان، ذاتيته ومصادره - مقال منشور بالمجلد الثانى لحقوق الإنسان الصادر عن المعهد الدولى للدراسات العليا فى العلوم الجنائية (سيراكوزا - إيطاليا) - الطبعة الأولى - ١٩٨٩ ص ٤٦ وما بعدها.

الدولى للعلوم الجنائية - على عاتق الدول واجب كفالة استقلال القضاء وحياده[1].

وقد عنى الدستور الإيطالى بالنص على استقلال السلطة القضائية فى المادة ١٠٤ منه بالقول إن «القضاء نظام قائم بذاته مستقل عن كل سلطة أخرى».

١٣٣ - السلطة القضائية والهيئات القضائية

نصت المادة ١٦٥ من الدستور المصرى (١٩٧١) على أن السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقا للقانون. وطبقًا لهذا النص فإن المحاكم وحدها هى التى تتولى ممارسة السلطة القضائية. ومع ذلك فقد نص قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ سنة ١٩٧٢ فى المادة ١٥ منه على أنه فيما عدا المنازعات الإدارية التى يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل فى جميع المنازعات والجرائم إلا ما استثنى بنص خاص. وهذا الاستثناء الأخير قد ينصرف إلى جواز تخويل بعض الجهات من غير المحاكم سلطة الفصل فى المنازعات. ولا يجوز بمقتضى هذا الاستثناء أن تختص هيئات ذات

(١) الإعلان العربى لاستقلال القضاء فى ٣٠ إبريل ١٩٨٥ - مجلة القضاة - ١ و ٢ يناير وفبراير ١٩٨٦.
ولا يكتفى الدستور التركى بالنص على كفالة استقلال القضاء، بل حدد فى المادة ١٣٢ منه بعض ضوابط هذا الاستقلال فى قوله: «لا يجوز توجيه أية أسئلة أو إثارة مناقشات أو الإدلاء ببيانات فى المجلسين التشريعيين فى شأن قضية تكون موضع تحقيق. وأنه لا يجوز لأية هيئة أو سلطة أو شخص أن يعطى للمحاكم أو القضاة أوامر أو تعليمات أو يرسل إليهم منشورات أو توصيات أو اقتراحات تتعلق بقيامهم بأعباء السلطة القضائية. وأن تلتزم الهيئة التشريعية والتنفيذية والإدارية باحترام أحكام المحاكم، ولا يجوز لهذه الهيئات بأى حال من الأحوال تعديل أو تعطيل تنفيذ هذه الأحكام».
(محمد عصفور - استقلال السلطة القضائية - المرجع السابق - ص ١٥٨).
وهذا المعنى هو من السوابق والتقاليد البرلمانية التى حرص على تأكيدها مجلس الشعب المصرى. هذا دون إخلال بسلطة البرلمان فى مناقشة طلبات الإذن باتخاذ الإجراءات الجنائية قبل أعضاء المجلس.
ومن السوابق البرلمانية أنه بعد مناقشات طويلة استغرقت جلستى ٢٧ و٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦ اشترك فيها رجال القانون من أعضاء مجلس النواب بمن فيهم رئيس المجلس سعد زغلول باشا اتخذ المجلس قرارا أشار فيه إلى أنه بعد اطلاعه على مكاتبة النيابة الواردة للمجلس بتاريخ ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ عن التهمة الموجهة إلى النائب أمين همام حمادى (قتل عمد) والتقرير المقدم من لجنة الحقانية فى هذا الصدد، وبعد المناقشة فى هذا الموضوع يرى أن يلفت نظر حضرة صاحب المعالى وزير الحقانية إلى أن المجلس كان ينتظر أن يُستأذن عن الاستمرار فى الإجراءات التى اتخذتها النيابة العمومية ضد حضرة أمين همام (أفندى) ويرغب إلى معاليه أن يرسل إليه أوراق هذه الدعوى للتمكن من إبداء رأيه فيها كما هو الشأن فى التهم التى توجه بعد الانعقاد إلى أعضاء البرلمان.

اختصاص قضائى (مثل لجنة التأديب والتظلمات بهيئة قضايا الدولة) بنظر المنازعات الإدارية المتعلقة بأعضاء هذه الهيئة إذا كان مجلس الدولة ذاته هو المختص بنظر هذه المنازعات بالنسبة إلى غيرها من الهيئات القضائية (مجلس الدولة والنيابة الإدارية) وكانت محكمة النقض هى المختصة بنظر هذا النوع من المنازعات بالنسبة إلى رجال القضاء والنيابة العامة، وذلك إعمالا لمبدأ المساواة أمام القانون طبقا للمادة ٤٠ من الدستور(١).

وجدير بالإشارة أن قضاء المحكمة العليا (التى كان لها اختصاص المحكمة الدستورية العليا) قد استقر على أن السلطة القضائية هى سلطة أصيلة تقف على قدم المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية، وتستمد وجودها وكيانها من الدستور ذاته لا من التشريع، وقد أناط بها الدستور وحدها أمر العدالة مستقلة عن باقى السلطات، ومن ثم فلا يجوز عن طريق التشريع إهدار ولاية تلك السلطة كليا أو جزئيا، ولئن نص الدستور فى (المادة ١٦٧) منه على أن «يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها»، فإن المقصود بذلك أن يتولى الشارع توزيع ولاية القضاء كاملة على تلك الهيئات على نحو يكفل تحقيق العدالة، ويمكّن الأفراد من ممارسة حق التقاضى دون مساس بالسلطة القضائية فى ذاتها أو عزل الجانب من المنازعات من ولايتها، فإن تجاوز القانون هذا القيد الدستورى وانتقص من ولاية القضاء ولو جزئيا كان مخالفا للدستور(٢). وأكدت المحكمة الدستورية العليا أنه يجوز اتخاذ المادة ١٦٧ من الدستور التى تبيح للمشرع إنشاء هيئات قضائية موطئا لاستنزاف اختصاص المحاكم أو التهوين من تخصيص الدستور بعضها (مجلس الدولة) بمنازعات بذواتها باعتبارها قاضيها الطبيعى وصاحبة الولاية العامة بالفصل فيها(٣).

---

(١) دستورية عليا فى ٦ مايو سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ١٩٣ لسنة ١٩ قضائية «دستورية». وقارن المحكمة الدستورية العليا فى ٤ مارس ١٩٧٨ فى الدعوى رقم ٢١ لسنة ٦ قضائية عليا «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة العليا جـ ٢ ص ١٠١.

(٢) مجموعة الأحكام العليا - القسم الأول - الدعويان رقما ٢ و ٦ لسنة ١ قضائية عليا «دستورية»، جلسة ٦ نوفمبر سنة ١٩٧١ ص ٣٠، ٤٣.

(٣) دستورية عليا ٦ مايو ٢٠٠٠ فى القضية رقم ١٩٣ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

وواضح من المادة ١٦٥ من الدستور أن المحاكم هى التى تتولى السلطة القضائية. ومفاد هذا النص أن المحاكم وحدها هى التى تندرج تحت المقصود بالسلطة القضائية وأن ولايتها القضائية لها قيمة دستورية لأنها مستمدة من الدستور مباشرة. أما الهيئات القضائية، فإن طبيعتها القضائية لها قيمة تشريعية بحتة لأن اختصاصها مستمد من التشريع وحده. والفارق بين الطبيعة القضائية كقيمة دستورية والطبيعة القضائية كقيمة تشريعية، أن الأولى تقوم على ولاية القضاء، وتستقل بشئون العدالة فى مواجهة السلطتين التشريعية والتنفيذية. أما الثانية فتنصرف إلى الهيئات التى يرى المشرع أنها تسهم فى سير العدالة، فيضفى عليها الصفة القضائية طبقا للمادة ١٦٧ من الدستور التى نصت على أن يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم.

ويلاحظ أنه بجانب هذه الهيئات القضائية رأت المحكمة الدستورية العليا أن المشرع قد يخول بعض الهيئات ولاية الفصل فى خصومات محددة حصرا بأحكام تصدرها بعد اتباع الإجراءات القضائية، وفى إطار من ضمانات التقاضى، فهى جهات ذات اختصاص قضائى استثنائى ولا يجوز إيلاء سلطة القضاء إلى هذه الهيئات إلا فى أحوال استثنائية تكون الضرورة فى صورتها الملجئة هى مدخل لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة. واختصاص هذا النوع من الهيئات بالفصل فى خصومات محددة له قيمة تشريعية بحت مناطها الضرورة الملجئة.

والخلاصة فإنه يتعين التمييز بين ثلاثة أنواع من الهيئات القضائية[1]:

١ ـ هيئات قضائية تباشر السلطة القضائية باعتبارها إحدى سلطات الدولة الثلاث، وتقوم على ولاية القضاء، وتستقل بشئون العدالة، فى مقابل السلطتين التشريعية والتنفيذية (المحاكم بجميع درجاتها ومجلس الدولة) وهى هيئات قضائية بحكم الدستور بناء على انتمائها للسلطة القضائية.

---

(١) دستورية عليا فى ٦ مايو سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ١٩٣ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، ودستروية عليا فى ٩ سبتمبر ٢٠٠٠ فى القضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، ٤ أغسطس سنة ٢٠٠١ فى القضية رقم ٥ لسنة ٢٢ قضائية «منازعة التنفيذ».

٢ ـ هيئات قضائية جامعها أنها هيئات تسهم فى سير العدالة، وناط الدستور أمر تحديدها للمشرع (النيابة العامة والنيابة الإدارية وهيئة قضايا الدولة). وهى بحكم طبيعتها القضائية تسهم ـ فى نظر المشرع ـ فى توفير الضمان القضائى اللازم لتحقيق الشرعية الدستورية، ولكنها لا تفصل فى خصمات معينة، وهى لا تدخل فى نطاق السلطة القضائية.

٣ ـ هيئات منحها المشرع ولاية الفصل فى خصومات معينة وحددة حصرا مثل لجنة التأديب والتظلمات بهيئة قضايا الدولة، المنصوص عليها فى المادة ٢٥ من قانونها. ويقوم على شئون هذه الهيئات مجلس أعلى يرأسه رئيس الجمهورية وينسق بينها بما فى ذلك الهيئات التى تباشر السلطة القضائية، وينحصر اختصاصها بالفصل فى نوع معين من المنازعات بصفة استثنائية، وهى الدعاوى التأديبية المتعلقة بأعضاء هذه الهيئة. ولا يعتبرها المشرع هيئات قضائية وإنما يقتصر على اعتبارها هيئات ذات اختصاص قضائى، وهى لا تدخل فى نطاق السلطة القضائية.

المبحث الثانى

الضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية

١٣٤ـ الضمان القضائى فى الدعوى الجنائية

يتعين لتطبيق قانون العقوبات البدء بكشف الحقيقة من خلال إجراءات معينة. فإذا ثبت أن المتهم لم يرتكب الجريمة المسندة إليه، فلا تتوافر الحقيقة الواقعية التى تبرر توقيع العقاب على هذا المتهم.

ولا تملك الدولة قبل صدور حكم الإدانة ومعاقبة المحكوم عليه الالتجاء إلى التنفيذ المباشر على المتهم ولو اعترف طواعية واختيارا بواسطة أجهزتها المختصة بارتكاب الجريمة، أو قبل برضائه العقوبة المنصوص عليها قانونا.

وعلة ذلك أن حق الدولة فى العقاب ينطوى على مساس جسيم بحرية المتهم، وهو ما لا يمكن إقراره ولا تحديد مداه إلا بواسطة جهاز مستقل محايد هو القضاء، بوصفه الحارس الطبيعى للحريات. ولا تقتصر أهمية هذا التدخل على كشف الحقيقة واتخاذ الإجراءات الماسة بالحرية، بل إنها تمتد كذلك إلى تحديد نطاق حق الدولة فى عقاب الجانى.

وفى هذا الشأن يتوقف دور القاضى على تحديد مضمون حق الدولة فى العقاب وفقًا للسياسة الجنائية التى يعتنقها القانون الوضعى.

وقد ثار البحث عما إذا كان القاضى هو الذى ينشئ حق الدولة فى العقاب أم أنه يقتصر على مجرد تقريره. وقد ذهب البعض[١] إلى أن الحكم القضائى لا يقتصر دوره على مجرد تقرير هذا الحق بل هو الذى ينشئه. ويساند هذا الرأى مبدأ (لا

---

(١) DELOGU; La loi pénale et son application, Le Caire, Tome 1, 1956 - 1957, pp. 149 et 155.

عقوبة بغير حكم قضائى)، وإلى أن نشوء حق الدولة فى العقاب قبل صدور الحكم لا يتفق مع ما قد تنتهى إليه الدعوى الجنائية من الحكم ببراءة المتهم. وهو رأى مردود بأن الحكم بالإدانه كاشف لحق الدولة فى عقاب المحكوم عليه.

والواقع أن هناك تلازما بين الدعوى الجنائية وحق الدولة فى العقاب، فلا عقوبة بغير دعوى جنائية. ويعد الحق فى الدعوى الجنائية وجها للحق فى التقاضى أمام القضاء الجنائى، وهو حق مفتوح أمام النيابة العامة وغيرها من الجهات التى حددها القانون. ويختلف هذا المبدأ عما هو مقرر فى قانون المرافعات، إذ إن الحق فى الدعوى المدنية له كيان مستقل عن الحق الموضوعى، بناء على أنه قد يوجد الحق دون أن تحميه دعوى، باعتبار أنه يمكن الوفاء بالحق الموضوعى بطريقة الاختيار بدون حاجة إلى دعوى وبدون اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى. كما أن هناك من الدعاوى مثل دعوى الحيازة لا تستند إلى حق موضوعى.

ومع ذلك، فقد ذهب البعض إلى أن قانون الإجراءات الجنائية يتفق مع قانون المرافعات المدنية والتجارية فى هذا الشأن، لأنه يعالج بعض الدعاوى الجنائية التى لا تستند إلى حق العقاب، وذلك كما فى الحالات التى تختص فيها المحكمة الجنائية بتطبيق قانون العقوبات الأجنبى[1]، والحالات التى يجوز فيها للمدعى بالحق المدنى تحريك الدعوى الجنائية دون أن يكون له حق فى العقاب[2].

وهذا الاعتراض مردود بأنه فى الحالات التى تسمح فيها الدولة بتطبيق القانون الأجنبى تعترف ضمنا بتجريم السلوك الذى ينطبق عليه هذا القانون، أى أن هذا السلوك يعد معاقبا عليه وفقا للقانون الوطنى فى الحدود التى يضعها هذا القانون، وبالتالى ينشأ للدولة حق فى عقاب الجانى بمجرد ارتكاب هذا السلوك. كما أن المدعى المدنى حين يحرك الدعوى الجنائية تختص النيابة العامة وحدها بمباشرتها.

ونظرا للارتباط بين حق الدولة فى العقاب وحق الدعوى الجنائية، فقد نص الدستور فى المادة ٧٠ منه على أنه «لا تقام الدعوى الجنائية إلا بأمر من جهة قضائية، فيما عدا الأحوال التى يحددها القانون». وهذه القاعدة المقررة فى المادة

---

(١) ZLATARIC; Droit pénal international, cours de doctorat. Université du Caire, 1967-1968 p. 150.

(٢) DELOGU, op. CIT., p. 127.

٧٠ من الدستور تمثل أصلا ثابتا ، ومن ثم كان منطقيا أن تشير إليها المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ بنصها على أن تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، ولا ترفع من غيرها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون. وقد رددتها المادة ٢١ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ، فيما نصت عليه من أن للنيابة العامة دون غيرها، الحق فى رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. وهو ما يعنى أن الأصل فى رفعها يكون للجهة القضائية (النيابة العامة) دون غيرها، وهو ما يفيد أن ما نصت عليه المادة ٧٠ من الدستور بشأن استثناء الأحوال التى يحددها القانون يجب تحديده فى إطار التناسب الذى يحقق التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة. وتتجلى هذه الأحوال إما فى إعطاء الحق فى إقامة الدعوى الجنائية لغير النيابة العامة، أو فى تقييد حرية إقامة الدعوى بقيود معينة هى الشكوى والطلب والإذن فى بعض الأحوال.

١٣٥ـ الحق فى إقامة الدعوى الجنائية لغير النيابة العامة

أما عن إعطاء الحق فى إقامة الدعوى الجنائية لغير النيابة العامة، فيتمثل فى حق التصدى المقرر لمحكمة الجنايات (المادتان ١١ و١٣ إجراءات) وللدائرة الجنائية بمحكمة النقض عند نظر الموضوع بناء على الطعن فى المرة الثانية (المادتان ٢١ و٣١ إجراءات)، وفى حق إقامة الدعوى الجنائية فى جرائم الجلسات (المادة ٢٤٤ إجراءات)، وفى حق المدعى بالحقوق المدنية فى الادعاء المباشر (المادة ٢٣٢/ ١ إجراءات). وينصرف المقصود بإقامة الدعوى الجنائية إلى تحريكها سواء أمام القضاء أو أمام سلطة التحقيق.

ونتبه إلى أن أوامر الإحالة الصادرة من قاضى التحقيق هى محض تصرف فى التحقيق. أما إقامة الدعوى الجنائية، فيتم بواسطة النيابة العامة بمجرد طلب ندب قاض للتحقيق (المادتان ٦٣/ ٢ و٦٧ إجراءات)، وهو ما يسرى على مستشار التحقيق (المادتان ٦٥ و٦٧ إجراءات). وننبه أيضا إلى حضور المتهم بالجلسة أمام محكمة الجنح والمخالفات دون تكليف بالحضور وقبوله المحاكمة مشروط بتوجيه

التـهـمة إليـه من النيـابة العـامة - دون غـيرهـا - وهو مـا يعـد فى ذاتـه تحريكا للدعوى الجنائية كبديل عن التكليف بالحضور.

وهذه الأحـوال المتـقـدمـة اسـتـثـناء على الأصل العـام، مما لا يجـوز مـعـه تنظيم ممارستها، دون تقيد بغير الشروط الموضوعية التى لا يناقض تطبيقها حكما فى الدستور[1]. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن حظر إقامة الادعاء المباشر فى الحالتين المبينتين فى المادة ٢٣٢/ ٣ إجراءات[2]، يتفق مع اعتبار الحق فى الادعاء المباشر استثناء من أصل رفع الدعوى الجنائية بأمر من جهة قضائية، وأن المشرع قد أغلق فى حدود سلطته التقديرية ولاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة هذا الطريق فى مجال الجرائم الوظيفية دون ما إهدار للحق فى ملاحقة مرتكبيها جنائيا وفق مقاييس موضوعية وعلى ضوء الأدلة التى تعزز الاتهام وترجحه[3].

أما تقييد حرية إقامة الدعوى الجنائية بقيود إجرائية معينة، هى الشكوى والطلب والإذن، فإنه لا يعـدو أن يكون قيدا استثنائيا على سلطتها فى مجال تحريكها، ومفترضا إجرائيا لجواز مباشرتها[4]، ضمانا لحق أو حرية يحميها الدستور أو

---

(١) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية «دستورية».

(٢) وهما: (١) إذا صدر أمر من قاضى التحقيق أو من النيابة العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى ولم يستأنف المدعى بالحقوق المدنية الأمر فى الميعاد أو استأنفه فأيدته محكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة المشورة. (٢) إذا كانت الدعوى موجهة ضد موظف أو مستخدم عام أو أحد رجال الضبط لجريمة وقعت منه فى أثناء تأدية وظيفته أو بسببها ما لم تكن من الجرائم المشار إليها فى المادة ١٢٣ من قانون العقوبات.

(٣) دستورية عليا فى ١٨ من إبريل سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ ٥، المجلد الأول ص ٢٩٤. وقد أشارت المحكمة الدستورية العليا فى حكمها المذكور إلى أن المشرع وازن بين أمرين: أولهما الضرورة التى يقتضيها استعمال الحق فى الادعاء المباشر فى إطار الأغراض التى شرع بها، وثانيهما الأضرار التى ينبغى توقيها إذا نقض هذا الاستعمال تلك الأغراض وتنكبها، مهددا بذلك مسئولية أداء العمل العام.

(٤) ويلاحظ أنه فى حالة الإذن باتخاذ الإجراء قبل رجال القضاء فإنه يحمى حقا دستوريا هو استقلال القضاء، وأن الإذن باتخاذ الإجراء قبل عضو البرلمان فإنه يحمى حقا دستوريا هو الحصانة البرلمانية لما يبدونه من آراء وأقوال داخل المجلس. والحماية تكون فى مواجهة الكيدية للمساس باستقلال القضاء، أو الكيدية لأداء عضو البرلمان داخل المجلس فى حرية تامة.

وانظر: دستورية عليا فى ٤ مايو سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ ٧، ص ٥٧٤.

القانون، وهذا القيد عينى يرد على الحق فى الدعوى الجنائية، سواء كان هذا الحق للنيابة العامة بحسب الأصل، أو كان مخولا لغيرها فى الحالات السالف بيانها. ومع ذلك، فإنه فى جرائم الجلسات، فإنه لا يتوقف رفع الدعوى فى هذه الحالة على شكوى أو طلب، إذا كانت الجريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المواد ٣ و٨ و٩ من قانون الإجراءات الجنائية (المادة ٢٤٤/ ٢ إجراءات).

وبالنسبة إلى إقامة الدعوى الجنائية من خلال التصدى الذى تباشره محكمة الجنايات أو محكمة النقض عند نظر الموضوع؛ فإنها تفترض ورودها على وقائع جديدة مستقلة عن الواقعة الأصلية محل الدعوى الأصلية أو أشخاص جدد لم تشملهم الدعوى الأصلية. ويجب فى الوقائع الجديدة أن تتمحض عن تعدد مادى بين ما تكونه من جرائم وبين الجرائم التى تكونها الواقعة الأصلية، فلا يجوز التصدى لوصف جديد للواقعة الأصلية يتحقق به تعدد معنوى بين الجرائم[1]. ولا يجوز التصدى أو تعديل وصف التهمة إلا بعد استيفاء القيد الإجرائى الخاص بالواقعة الجديدة أو الوصف الجديد، فى حالة وجوده. ولا يجوز القياس هنا على جرائم الجلسات لاختلاف العلة، كما أن الاستثناء لا يقاس عليه[2]. ويترتب على عدم استيفاء هذا القيد بطلان تحريك الدعوى الجنائية القائم على التصدى وما يترتب عليه من إجراءات.

ويتطلب حق النيابة العامة فى الدعوى الجنائية أن تنتهى هذه الدعوى بحكم قابل للنفاذ أيًا كان منطوقه، وذلك وفقا للقواعد والإجراءات التى يتطلبها القانون. فكما قضت المحكمة الدستورية العليا لا تكتمل مقومات حق التقاضى أو يبلغ غايته ما لم توفر الدولة للخصومة فى نهاية مطافها حلا منصفا هو اقتضاء منفعة يقررها القانون، وأنه إذا كانت الوسائل القضائية المتاحة لا توفر الحماية اللازمة لصون

(١) ذلك أن المحكمة لا تتقيد بالوصف القانونى الذى تسبغه النيابة العامة على الفعل المسند إلى المتهم، بل هى مكلفة بتمحيص الواقعة المطروحة بجميع كيوفها وأوصافها. (انظر نقض ١٤ يناير سنة ٢٠٠١، الطعن رقم ٢٣١٤٤ سنة ٧٠ قضائية)

(٢) قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وقضاء النقض للدكتور مأمون سلامة، طبعة نادى القضاة، ص ١٣٢، وانظر: الدكتور عادل قورة، شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٨٧، ص ٢٠١.

حقوقه، فلا طائل من وراء حق التقاضى[1]. وتطبيقا لهذا المبدأ على الدعوى الجنائية، فإنه إذا نص القانون على حق أية جهة فى تعطيل تنفيذ الحكم القضائى، كان ذلك مجافيا لفعالية الحق فى الدعوى الجنائية وحق الدولة فى العقاب. فهذه الفعالية كما قالت المحكمة الدستورية[2]، لا تتوقف على مجرد الحق فى اللجوء إلى القضاء بل يجب أن توفر الدولة إمكانية تنفيذ هذا الحق.

هذا مع مراعاة أن تنفيذ الحكم الجنائى يتوقف على منطوقه الذى قد ينص على وقف تنفيذ العقوبة لأسباب تتعلق بأهداف العقاب.

وإذا كان القانون قد أجاز لغير النيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية، فإن ذلك لا يسلب النيابة العامة صفتها كأمينة على الدعوى الجنائية ولو حركها غيرها من الأفراد فى حدود القانون. وتأكيدا لذلك فإنه فى صدد الادعاء المباشر لا يملك الفرد غير الحق فى تحريك الدعوى الجنائية دون أن يمتد هذا الحق إلى الدعوى ذاتها إذ يظل الحق فيها حكرا على النيابة العامة التى تلتزم قانونا بمباشرتها.

١٣٦ـ انقضاء الدعوى الجنائية بإرادة الخصوم

انتهج المشرع أخذا بالسياسة الجنائية التى تهدف إلى الحد من العقاب إلى الأخذ بأسلوب بدائل الدعوى الجنائية، وفيما يأتى نعرض لهذا الأسلوب.

(أولا) ترك الدعوى الجنائية: جاء التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجنائية سنة ١٩٩٨ الصادر بالقانون رقم ١٧٤ سنة ١٩٩٨ فنص فى المادة ٢٦٠/ ٢ إجراءات على أن يترتب على ترك الدعوى المدنية أو اعتبار المدعى بالحقوق المدنية تاركا لها ـ بعد أن أقامها بالادعاء المباشر، الحكم بترك الدعوى الجنائية، ما لم تطلب النيابة العامة نظرها[3]. هذا مع ملاحظة أنه إذا تنازل المدعى المدنى عن الشكوى فى الجرائم المعلق رفعها على شكوى من المجنى عليه تنقضى الدعوى الجنائية بهذا التنازل.

(١) دستورية عليا فى ١٣ إبريل سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية (دستورية). مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى)، القاعدة رقم ٢١ ص ٢٤١، (دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٨١ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية عليا فى ١٣ إبريل سنة ١٩٩٣ المشار إليه.

(٣) وقد أخذ بهذا الحكم القانونى قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى فى المادة ٤٢٥.

وترك الدعوى الجنائية يختلف عن انقضائها، فما زال حق النيابة العامة فى طلب نظرها قائما حتى تنقضى بمضى المدة.

(ثانيا) الصلح والتصالح: وبالإضافة إلى ذلك، أخذ التعديل الجديد لقانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بفكرة الصلح بين المتهم والنيابة العامة فى المخالفات والجنح التى لا يوجب القانون فيها الحكم بغير الغرامة (المادة ١٨ مكررا).

ومن ناحية أخرى، أجاز الصلح بين المتهم والمجنى عليه فى نوع معين من الجرائم[١]، وأطلق عليه التصالح (المادة ١٨ مكررا أ) من قانون الإجراءات الجنائية، تمييزا له عن الصلح الذى تعقده النيابة العامة. وعلى هذا النحو أجاز للمجنى عليه (فى المادة ١٨ مكررا أ) فى جرائم معينة أن يطلب التصالح من النيابة العامة أو المحكمة فى حدود معينة، ويترتب على ذلك إثبات صلحه مع المتهم وتنقضى بذلك الدعوى الجنائية. ويشترط لذلك بطبيعة الحال موافقة المتهم[٢].

وهذا النظام الإجرائى لانقضاء الحق فى الدعوى الجنائية بغير حكم (الصلح والتصالح) لا يتمتع بحجية إيجابية فيما يتعلق بثبوت التهمة أو نفيها ومن ثم فلا حجية له أمام القضاء المدنى، ويقتصر أثره على الحجية السلبية المتمثلة فى انقضاء الدعوى الجنائية. ولهذا، فإن مبلغ الصلح لا يعد عقوبة، ولا تسرى عليه أحكامها.

ومع ذلك، فقد ذهب البعض[٣] إلى أن الدولة قد تحصل على سلطتها فى

---

(١) هى الجنح المنصوص عليها فى المواد ٢٤١/ ١ و٢، و٢٤٢/ ١ |٢|٣، ٢٤٤/ ١، ٢٦٥، ٣٢١ مكررا أولا، ٣٢٤ مكررا، ٣٤٠، ٣٤٢، ٣٥٤، ٣٥٨، ٣٦٠، ٣٦١/ ١ و٢، ٣٦٩ من قانون العقوبات. وفى الأحوال الأخرى التى ينص عليها القانون. ومن قبيل هذه الأحوال ما نصت عليه المادة ٥٣٤/ ٤ من قانون التجارة (القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩) من أنه للمجنى عليه ولوكيله الخاص فى جريمة إصدار شيك ليس له رصيد وغيرها من الجرائم المنصوص عليها فى المادة ٥٣٤ من هذا القانون، أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال وفى أية حالة كانت عليها الدعوى - إثبات صلحه مع المتهم، ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح فى أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتًا.

(٢) وقد قضت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٨٠ بأن الصلح الجنائى يقع تحت تأثير الإكراه إذا أغلقت جهة الإدارة محل المتهم حتى يدفع مبلغ الصلح أو يفصل فى الدعوى الجنائية، وذهبت المحكمة إلى أن المتهم فى هذه الحالة حرم من الحق فى محاكمة عادلة (انظر : Vade-mecum, op. cit., p. 19). ولا شك فى أن الأمر يتوقف على ما إذا كان غلق المحل قد صدر وفقا للقانون من عدمه.

(٣) ELOGU; op cit., p. 153.

العقاب دون الحاجة إلى دعوى جنائية، كما فى الصلح، كما قيل بأن المحكوم عليه قد ينفذ العقوبة تنفيذا اختياريا لا جبريا كما فى حالة الغرامة إذ لا يوقع عليه الإكراه البدنى إلا إذا لم يدفع المحكوم عليه باختياره هذه الغرامة (المادة ٥٠٧ إجراءات)، وكما فى حالة الحكم بعقوبة الحبس البسيط التى لا تزيد على ثلاثة شهور إذ يجوز للمحكوم عليه أن يطلب بدلا من تنفيذ عقوبة الحبس تشغيله خارج السجن (المادة ٤٧٩ إجراءات).

وهذا الرأى مردود بأن الصلح أجازه القانون لعلة خاصة تتعلق بتيسير الإجراءات الجنائية، وإعطاء قيمة قانونية لعفو المجنى عليه فى جرائم معينة، وقد تتعلق هذه العلة بالمصالح المالية للدولة كما فى الصلح الضريبى. كما أن مبلغ الصلح لا يعتبر عقوبة. ويلاحظ فى الجريمة الضريبية أن ارتكابها ينشئ للدولة حقا فى التعويض وحقا فى العقاب، مما دفع القانون فى هذا النوع من الجرائم إلى مراعاة أن تكون الغرامة المحكوم بها ذات طبيعة مختلطة أى تجمع بين عنصرى التعويض والعقاب[1].

---

(١) انظر مقالنا عن الغرامة الضريبية، مجلة القانون والاقتصاد فى سنة ١٩٦٠ ص ٤٢٩، نقض ٨ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة الأحكام س ١٥ رقم ١٥٨ ص ٧٩٩، ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ رقم ١٧٩ ص ٩٢٧، ومؤلفنا ـ الجرائم الضريبية ـ القاهرة لعام ١٩٩٠، وقد قدر المشرع أن أداء حق الدولة فى التعويض عن طريق الصلح ينطوى فى حد ذاته على إيلام مالى للمحكوم عليه من شأنه أن يعوق احتمال عودته إلى مثل هذه الجريمة مرة أخرى، وخاصة أنه لم يرتكبها إلا من أجل كسب مال غير مشروع.
وهذا الاعتبار هو الذى حدا بالمشرع إلى أن يرتب على الصلح فى هذا النوع من الجرائم انقضاء الدعوى الجنائية أو وقف تنفيذ العقوبة حسب الأحوال. وقد قضت محكمة النقض بأن الصلح هو بمثابة نزول من الهيئة الاجتماعية عن حقها فى الدعوى الجنائية مقابل الجعل الذى قام عليه الصلح، ويحدث أثره بقوة القانون مما يقتضى من المحكمة إذا ما تم التصالح فى أثناء نظر الدعوى أن تحكم بانقضاء الدعوى الجنائية. أما إذا تراخى إلى ما بعد الفصل فى الدعوى فإنه يترتب عليه وجوبا وقف تنفيذ العقوبة الجنائية المقضى بها (نقض ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة الأحكام س ١٤ رقم ١٦٩ ص ٩٢٧ و ١٩ يناير سنة ١٩٨٢ س ٣٣ رقم ٦ ص ٤٦) ويلاحظ أيضا أن كلا من قانون تحقيق الجنايات الملغى (١٩٠٤) وقانون الإجراءات الجنائية الحالى (المادة ١٩ قبل تعديلها) كان يجيز الصلح فى بعض المخالفات البسيطة. وفى هذه الأحوال لا يمكن القول بأن اقتضاء مبلغ الصلح هو تنفيذ لحق العقاب بدون دعوى جنائية. فمبلغ الصلح ليس عقوبة ينفذها المحكوم عليه، وما الصلح إلا نوع خاص من التنظيم الإجرائى بغير طريق الدعوى الجنائية أجازه القانون فى نوع من الجرائم ـ معظمها قليل الأهمية ـ للحد من إطالة الإجراءات إذا باشرت الدولة حقها فى العقاب. ولذلك، فإن عرض الصلح على «المتهم» بارتكاب الجريمة لا يعتبر تحريكا للدعوى الجنائية قبله. أما أن يقوم المحكوم عليه بالغرامة بدفعها باختياره، فذلك وضع لا يمنع من أنه يقوم بهذا التنفيذ كرها عنه خضوعا لأمر القانون تحت وطأة التهديد بالإكراه البدنى. وبالنسبة للمحكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تزيد على ثلاثة شهور، فإن كل ما له هو أن يطلب تغيير هذه العقوبة بالعمل خارج السجن، وهو طلب خاضع لتقدير السلطة المختصة، وليس له أن يفلت من عقوبة الحبس بنفسه أو باختياره.

وقد تعرض اصطلاح «الصلح الجنائى transaction pénale» لانتقاد جانب من الفقه، على أساس أن هذا الصلح ليس إلا عقدا بين المتهم والنيابة العامة، وهو أمر غريب فى المسائل الجنائية، باعتبار أن المجال الأصيل للصلح هو المسائل المدنية(١).

(ثالثا) الأمر الجنائى: شرع قانون الإجراءات الجنائية نظام الأوامر الجنائية كبديل من بدائل الدعوى الجنائية، وبمقتضاه يصدر القاضى أو النيابة العامة أمرا فى نوع معين من الجرائم بغرامة معينة فضلا عن العقوبات التكميلية والتضمينات وما يجب رده والمصاريف (المواد ٣٢٣-٣٢٦ إجراءات). ويترتب على هذا الأمر انقضاء الدعوى الجنائية بشرط ألا يعترض عليه الخصوم إذا كان الأمر صادرا من القاضى أو من النيابة العامة، وبشرط ألا تعترض عليه النيابة العامة إذا صدر الأمر من القاضى. فإذا لم يحصل اعتراض على الأمر على هذا النحو المتقدم يصبح نهائيا واجب التنفيذ، وتنقضى به الدعوى الجنائية.

وعلى هذا النحو فإن انقضاء الدعوى الجنائية بالأمر الجنائى يكون متوقفا على إرادة الخصوم.

وقد أراد المشرع الفرنسى إدخال نظام الأمر الجنائى «injonction pénale» بواسطة النيابة العامة، إلا أن المجلس الدستورى الفرنسى قرر عدم دستوريته(٢)، فاستعاض عنه المشرع الفرنسى بنظام آخر يسمى الـ«compostion pénale» (المادة ٤١-٢/١، ٨ إجراءات فرنسى) أراد به التوفيق بين نظام «بدائل الدعوى الجنائية» والضمانات الواجب توافرها فى جميع التدابير العقابية والتى كان انتقاصها أساسا لقرار المجلس الدستورى الفرنسى بعدم دستورية نظام الأمر الجنائى الصادر من النيابة العامة. وبمقتضى هذا النظام الجديد تقترح النيابة العامة أمرا بتدبير معين على المتهم، فإذا وافق عليه، وأقره رئيس المحكمة الابتدائية المختصة، ونفذه المتهم فى مدة معينة - ترتب على ذلك انقضاء الدعوى الجنائية. ويتمثل مضمون هذا الأمر فى اختيار تدبير من أربعة تدابير نص عليها القانون، يمكن أن يضاف إليها تعويض الضرر المترتب على الجريمة(٣).

---

(١) انظر: Vade-Mecum Penolegique; Mesures et peines alternatives, Editieun UGA, 1997, p. 17.

(٢) Déc. 95-360 Dc, 2 Févr. 1995.

(٣) انظر Serge Guiachard, Jacques Buisson, Procédure pénale, Litec, 2001, no. 900-912, pp. 502-5068

١٣٧ـ السيادة القضائية الوطنية

تمارس السلطة القضائية مظهرا من مظاهر سيادة الدولة. وضمان ولاية هذه السلطة فيما يدخل فى اختصاصها هو شرط لازم لممارسة الدولة سيادتها الوطنية[١]. ويتطلب ذلك أن يباشر القضاء المصرى فى حدود اختصاصه كافة الإجراءات الجنائية، فهو صاحب السيادة الوطنية على أراضى جمهورية مصر الربية ويختص بالإجراءات الخاصة بالجرائم التى تقع فى النطاق الإقليمى لقانون العقوبات المصرى، هذا دون إخلال بالتعاون القضائى مع السلطات القضائية الأجنبية الذى يتقرر بواسطة الاتفاقات الدولية دون مساس بالسيادة الوطنية. وفى هذا النطاق قضى المجلس الدستورى الفرنسى بأن ما نص عليه النظام الأساسى للمحكمة الجنائية من جواز بحث الشكاوى إذا تبينت المحكمة أن الدولة تسببت بسوء نية فى عدم تحقيق البلاغ أو رفع الدعوى أو أدى سوء نيتها إلى ترك الدعوى، لا يعد مساسا بالسيادة الوطنية، لأن هذه القيود التى ترد على مبدأ تكملة اختصاص المحكمة الجنائية الدولية لاختصاص الوطنية لها ما يبررها إذا كانت الدولة العضو فى اتفاقية إنشاء المحكمة لم تحترم بنود هذه الاتفاقية بسوء نية، وذلك تطبيقا لمبدأ حسن النية فى تطبيق المعاهدات «Pacta sunt servanda»[٢]. إلا أنه تأكيدا للسيادة الوطنية القضائية رأى المجلس الدستوى أن النص فى اتفاقية إنشاء المحكمة الجنائية الدولية على دخول الدعوى حوزة هذه المحكمة ولو كانت الواقعة قد خضعت لقانون العفو الشامل أو لقواعد التقادم المنصوص عليها فى القانون الفرنسى؛ سوف يؤدى إلى القبض على المتهم وتقديمه للمحاكمة رغم تمتعه وفقا للقانون الفرنسى بالعفو عن الجريمة أو بتقادم الدعوى الجنائية، مما يعد مساسا بالشروط اللازمة لممارسة السيادة[٣]. كما أكد المجلس الدستورى الفرنسى أن النص الوارد فى اتفاقية إنشاء المحكمة الذى يخول المدعى العام لهذه المحكمة مباشرة التحقيق بحرية تامة

---

(١) قرار المجلس الدستورى الفرنسى 98-408 Dc du 22 Janvier 1999, Cour pénale internationale (Annuaire Internatinal de Justice constitutionnelle, 1999, p 600)

(٢) Dec 98-408 Dc du 22 Janvier 1999, Cour pénale internationale (Annuaire Internatinal de Justice constitutionnelle, 1999, p. 600).

(٣) انظر قرار المجلس الدستورى المشار إليه فى الهامش السابق. وقد أوضح المجلس الدستورى أن الشروط اللازمة لممارسة السيادة تتمثل فى احترام المؤسسات فى فرنسا، واستمرار حياة الأمة، وضمان حقوق وحريات المواطن.

على أراضى الدولة دون حضور السلطات الوطنية القضائية المختصة يعد مخالفا للدستور لمساسه بالشروط اللازمة لممارسة السيادة. وأنه على العكس من ذلك يمكن للمدعى العام أن يباشر وحده التحقيق إذا حصل على إذن بذلك من الجهة المختصة بالقضاء الوطنى إذا لم تستجب إحدى جهات القضاء الوطنى لطلبه فى التعاون القضائى. وأكد المجلس الدستورى الفرنسى أن الشروط اللازمة لممارسة السيادة الوطنية تتطلب إعطاء الدولة حق الاعتراض على التحقيقات التى يجريها المدعى العام للمحكمة الجنائية الدولية على أراضيها متى أسست هذا الاعتراض على مبدأ قانونى أساسى من المبادئ العامة فى الدولة، أو لأسباب تتعلق بالأمن الوطنى.

وقد لوحظ أن النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية قد نص على أن المحكوم عليه بواسطة هذه المحكمة لا يجوز الإفراج عنه قبل تنفيذ مدة العقوبة المحكوم بها عليه، وأن هذه المحكمة وحدها هى المختصة بإنقاص مدة العقوبة المقضى بها، وأن هذا النص يتعارض مع سلطات رئيس الجمهورية فى العفو عن العقوبة كليا أو جزئية. وقد رفع هذا التعارض بالتعديل الدستورى الصادر فى ٨ يولية سنة ١٩٩٩ والذى نص فى المادة ٥٣/ ٢ من الدسترو على أن الجمهورية يمكن أن تعترف بولاية المحكمة الجنائية الدولية بالشروط المنصوص عليها فى المعاهدة الموقعة فى ١٨ يولية سنة ١٩٩٨[١].

ومن ناحية أخرى، فإنه أمام زيادة الإجرام سواء على المستوى الداخلى أو الدولى أو بين الدول، زادت طلبات تسليم المجرمين من بعض الدول التى تتأثر مصالحها بوقوع الجريمة. وقد أثارت هذه الطلبات مسألة السيادة القضائية للدولة. فالهدف من تسليم المجرمين ليس فى بحث مدى ثبوت التهمة أو إنكارها، وإنما هى فى تحديد الدولة التى يجب فيها محاكمة المتهم، أو تنفيذ العقوبة عليه إذا كان قد صدر عليه حكم من قضاء دولة أخرى[٢]. ولهذا يعد تسليم المجرمين عملا من أعمال السيادة "sovereign act" له إجراءاته الخاصة، والتى تتمثل فى أن دولة صاحبة سيادة تسلم إلى دولة أخرى صاحبة سيادة شخصا يشتبه فى اتهامه بجريمة أو

---

(١) انظر: Annuaire Internatinal de Justice constitutionnelle, 1999, p. 601.

(٢) انظر: Cherif Bassiouni, International Extradition: United States law and practice, Third edition, Oceana publications Inc. Dobbs Ferry, New York, 1996, p. 18.

مذنبا قضى بإدانته . ونظراً لتعلق الموضوع بسيادة الدولة ، فإن معظم الدول ترى أن واجب التسليم يجب أن يتم وفقا لمعاهدة . ولهذا انتشر عدد المعاهدات الإقليمية بجانب الاتفاقيات الثنائية التى تعالج تسليم المجرمين(١) . وقد يتم تسليم المجرمين خارج نطاق المعاهدات اعتمادا على المعاملة بالمثل أو المجاملة فى نطاق المبادئ الدولية للتعاون بين الأمم ، على أنه فى هذه الحالة يجب أن يتم وفقا للتشريع الداخلى للدولة التى تأذن بالتسليم وفى حدود ما يتطلبه من قواعد وإجراءات(٢) .

ويعتمد تسليم المجرمين سواء تم فى إطار المعاهدة الدولية أو على أساس المعاملة بالمثل أو المجاملة ، على أساس أن مصالح الدولة طالبة التسليم قد أصيبت بسبب سلوك الشخص الذى يقيم فى الدولة المطلوب منها التسليم . ويفترض ذلك الطلب أن الدولة التى يقيم فيها المتهم ليست لها مصلحة أعلى من مصلحة الدولة طالبة التسليم ، فى أن تحاكم هذا المتهم بواسطة قضائها . وفى ضوء التوازن بين مصالح الدولتين يتم قبول طلب التسليم أو رفضه ، ويتم حسم التنازع حول ولاية "juridiction" كل من الدولتين فى محاكمة المتهم - عند نشوء هذا التنازع . فلاشك أن الدولة طالبة التسليم لابد أن تدعم طلبها على أساس قانونى يتمثل فى ولايتها فى محاكمة المتهم . على أنه من المسلم به أيضا أن كل دولة لها السلطة فى محاكمة المتهمين داخل اختصاصها الإقليمى ، فذلك أمر يمس صميم سيادتها الداخلية . وبالتالى ، فإن طلب تسليم المجرمين يثير تداخلا بين السيادة والولاية . ولما كان سلوك المتهم داخل إقليم الدولة أو خارجه قد يؤثر فى مصالح أكثر من دولة ، فإن ذلك من شأنه أن يثير تنازعا حول الاختصاص الولائى بمحاكمة هذا المتهم(٣) .

---

(١) وافق مجلس جامعة الدول العربية فى ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٢ على اتفاقية تسليم المجرمين .

(٢) وقد يُعقد اتفاق خاص ad hoc بين الدولتين لإشباع متطلبات التحقيق فى جرائم معينة .

(٣) وفى هذا الصدد ، توجد خمس نظريات تحكم الاختصاص الولائى الإقليمى بمحاكمة المتهم :

(١) نظرية تعتمد على مكان وقوع الجريمة .

(٢) نظرية الشخصية الإيجابية والتى تعتمد على جنسية المتهم .

(٣) نظرية الشخصية السلبية والتى تعتمد على جنسية المجنى عليه .

(٤) نظرية المصلحة المحمية والتى تعتمد على المصلحة الوطنية التى مستها الجريمة ، وهى نظرية قريبة من نظرية الشخصية السلبية ، ولكنها أوسع نطاقا لأنها تمكن الدولة من أن تصل خارج حدودها لحماية مصالحها التى تمس خارجها ، فهى نظرية الذراع الطويل للولاية القضائية والتى تعتمد على الطابع الدولى للجريمة .

(٥) نظرية العالمية وتعتمد على الطابع الدولى للجريمة .

ويلاحظ أنه عند الإشارة إلى الإقليم فى التشريع الوطنى أو فى المعاهدة، فإن هذا الاصطلاح ينصرف إلى النظرية الأولى التى تعتمد على مكان وقوع الجريمة فى حدود معناه الواسع أو الضيق وفقا للتشريع الوطنى للدولة طالبة التسليم بشرط موافقة الدولة المطلوب منها التسليم على هذا المعنى(١).

ويلاحظ أنه وفقا لاتفاقية فيينا حول العلاقات الدبلوماسية (١٨ إبريل سنة ١٩٦١)، واتفاقية فيينا حول العلاقات القنصلية (٢٤ إبريل سنة ١٩٦٣) لا تملك الدولة المعتمد إليها الدبلوماسى اتهامه أو تسليمه إلى أية دولة أخرى، وكل ما تملكه هو أن تعتبره شخصا غير مرغوب فيه وتطلب منه مغادرة البلاد فى مدة معينة، إلا أنه إذا عاد إلى هذه الدولة بعد انحسار صفته الدبلوماسية لديها، فإنه يجوز خضوعه للمحاكمة أمامها، لأن حصانته ترتبط بوظيفته الدبلوماسية لا بشخصه. وكذلك الشأن بالنسبة إلى رؤساء الدول، فإنه رغم حصانتهم من المحاكمة لدى دولة أخرى غير دولهم، فإنه منذ إنشاء المحكمة الدولية لمحاكمة المجرمين فى نورمبرج سنة ١٩٤٥ لا يتمتع رؤساء الدول بهذه الحصانة عن الجرائم الدولية مثل جريمة الاعتداء على السلام، وجرائم الحرب، وجرائم الاعتداء على الإنسانية، وجريمة إبادة الجنس (صدرت فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨)(٢). وقد قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ بإجماع الآراء اعتماد مبادئ القانون الدولى المعترف بها بواسطة ميثاق محكمة نورمبرج والحكم الذى أصدرته هذه المحكمة.

---

(١) C. Bassiouni, op. cit., p. 297.

(٢) أصدر مجلس اللوردات البريطانى فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٩٨ حكما بأن السناتور Pinochet (رئيس دولة شيلى السابق) الذى اعتقل فى لندن بناء على طلب أحد القضاة الأسبان بسبب اتهامه بجرائم من هذا النوع وقعت على أسبانيين، لا يتمتع بحصانة من الاتهام، وأن إجراءات تسليمه تظل واجبة الاتباع. وقد عدل المجلس عن هذا القرار فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٩٨ بعد أن اتضح أن أحد أعضاء اللجنة الاستئنافية التى أصدرت قرارها الأول قد فقد شرط الحياد. وأعيد نظر الموضوع مرة أخرى أمام محكمة استئناف بتشكيل جديد فأصدرت فى ٢٤ مارس سنة ١٩٩٩ قرارا بصحة إجراءات القبض على بينوشيه وفتحت الطريق أمام اتخاذ الإجراءات نحو تسليمه إلى أسبانيا، إلا أن المحكمة قررت أن بينوشيه لا يمكن اتهامه بأى فعل ارتكب قبل ١٩٨٨ وهو التاريخ الذى انضمت فيه بريطانيا إلى الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب. ولما أصدر وزير الداخلية البريطانى قرارا بالبدء فى إجراءات التسليم طعن فى القرار أمام المحكمة فرفضت هذا الطعن. انظر:
Judyments - Regina V. Bartle and the commissioner of police for the metropolis and others Ex parte pinochet (on appeal from a divisinal court of the queen's bench division).

ومنذ ذلك الوقت، لا يفلت رئيس الدولة من مسئوليته الشخصية إذا ساهم فى أعمال تعتبر وفقا للقانون الدولى جرائم ضد الإنسانية. وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها رقم ٣٠٧٤ فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٣ الذى يطالب الدول بتسليم المتهمين بجرائم الاعتداء على الإنسانية والعمل على تقديم العون لمحاكمتهم، والامتناع عن اتخاذ أى إجراء تشريعى أو غيره يعوق التزاماتها الدولية بالقبض على هؤلاء المتهمين أو عقابهم أو تسليمهم.

وواضح مما تقدم، أن تسليم المجرمين عمل من أعمال السيادة تحكمه مبادئ القانون الدولى التى تعتبر جزءا من التشريع الداخلى للدولة وتمارسها طبقا لالتزاماتها الدولية وفى حدود مبادئ التعاون الدولى، شريطة أن يكون ذلك فى حدود الدستور الوطنى.

الفصل الثـــانى
المتطلبات العامة للضمان القضائى

١٣٨ـ تحديدها

يفترض الضمان القضائى أن يتمتع القضاء بالاستقلال والحياد . وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن استقلال السلطة القضائية أمر لازم لضمان موضوعية الخضوع للقانون، ولحصول من يلوذون بها على الترضية القضائية التى يطلبونها عند وقوع عدوان على حقوقهم وحرياتهم[١] . كما أكدت أن حيدة السلطة القضائية عنصر فعّال فى صون رسالتها لا تقل شأنا عن استقلالها بما يؤكد تكاملها[٢] .

وعلى هذا النحو يكون استقلال القضاء وحيدته ضمانين ينصبان معا على إدارة العدالة بما يكفل فعاليتها ، وهما بذلك متلازمتان . وفى هذا الشأن أكدت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا جاز القول ـ وهو صحيح ـ بأن الخصومة القضائية لا يستقيم الفصل فيها حقا وعدلا إذا خالطتها عوامل تؤثر فى موضوعية القرار الصادر بشأنها ـ ما كان منها خارجيا أو معتدلا فى دخائل النفس البشرية ـ وأيا كانت دوافعها أو أشكالها ، فقد صار أمرا مقضيا أن تتعادل ضمانتا استقلال السلطة القضائية وحيدتها فى مجال اتصالهما بالفصل فى الحقوق انتصافا ترجيحيا لحقيقتها القانونية ، لتكون لهما معا القيمة الدستورية ذاتها ، فلا تعلو إحداهما على أخراهما أو تجبّها ، بل تتضامنان تكاملا ، وتتكافآن قدرا [٣] .

وواقع الأمر ، أنه بغض النظر عن استقلال القضاء ، فإن صفة الحياد فيه هى التى تمكنه من إدارة العدالة الجنائية ، وذلك بإجراء محاكمة منصفة . ولا يجوز الخلط بين حياد القضاء واستقلاله ؛ فاستقلال القضاء يعنى عدم التدخل فى شئونه ، وهو

(١) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٦٢ سنة ١٩ قضائية «دستورية» .
(٢) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨ السالف الإشارة إليه .
(٣) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨ السالف الإشارة إليه .

شرط بديهى لتكوين حياده. ومن ثم، فإن استقلال القضاء شرط لحياده. فالقاضى الذى لا يتمتع بالاستقلال تثور الشبهات حول حياده، ولكن استقلال القضاء لا يكفى وحده لاستخلاص حياده ما لم يتأكد ذلك بضمانات أخرى. وبعبارة أخرى، فإن حياد القضاء يفترض استقلاله وليس العكس.

ويتعين فيمن يتولى وظيفة القضاء أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية للصلاحية فى القيام بهذا العمل، سواء فيما يتعلق بالصلاحية القانونية وغير ذلك من المتطلبات التى تكفل فهم القضايا على اختلاف أنواعها وما تثيره من مشكلات قانونية وغير قانونية تتصل بمختلف العلوم. ومن ثم، فالقضاء ليس مجرد ولاية تضفى على أى شخص حتى يكون قاضيا. فالصلاحية الموضوعية شرط لا غنى عنه لكى يقوم بالقضاء بمهمته التى ناطه بها الدستور. ووفقا لهذا المبدأ قضى المجلس الدستورى فى فرنسا بأنه يجب على المشرع فى مزاولة اختصاصه المتعلق بشئون القضاء أن يضع نصوصا تتفق مع القواعد والمبادئ الدستورية، وبوجه خاص ما يتعلق - ليس فقط باستقلال القضاء وعدم قابلية القضاة للعزل، وإنما كذلك أيضا يجب أن تتوافر فى رجال القضاء الصلاحية، والمهارة التى تلزم لشغل الوظيفة القضائية، فتضمن بذلك مساواة المواطنين أمام القضاء. و أضاف المجلس الدستورى أن وظائف القضاء يجب بحسب الأصل أن يشغلها أشخاص يهدفون إلى نذر حياتهم المهنية لتحقيق العدالة(١).

وواقع الأمر، أن شرط الصلاحية سالف البيان لازم وضرورى لتوفير ثلاثة ضمانات هى استقلال القضاء، وحياده، والمساواة أمام القضاء. وبهذه المتطلبات تتوافر الثقة التى نوليها للقضاء حتى يتبوأ مركزه بوصفه حارسا تقليديا للحريات. فهى ليست مزايا للقضاة، بقدر ما هى ضمانات للتطبيق الصحيح للقانون، وحماية الحريات(٢). وإذا كانت سيادة القانون تفترض استقلال السلطة القضائية، فإن هذا الاستقلال يقتضى خضوع القضاء لمبادئ واضحة تكفل حياده. وقد اعتبرت المحكمة الدستورية العليا فى مصر المتطلبات المذكورة هى الحلقة الوسطى فى حق

---

(١) Décision, No. 98 - 396, Dc du 19 Février 1998.

(٢) نصت المادة ٦٥ من الدستور المصرى على أن (تخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات).

التقاضى، وذلك باعتبار أن حق الشخص فى اللجوء إلى القضاء هو مجرد حلقة من حق التقاضى تكملها حلقتان، الأولى (وهى الحلقة الوسطى) وتتمثل فى متطلبات الضمان القضائى، والثانية هى توفير الحل المنصف الذى تقضى به المحكمة ويكون قابلا للتنفيذ[1]. وتعد هذه المتطلبات من العمومية بحيث تسرى على جميع جهات القضاء، ومنها القضاء الجنائى.

(١) دستورية عليا فى ٣ إبريل سنة ١٩٩٣، فى القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (١٤) فى ٨ إبريل سنة ١٩٩٣.

المبحث الأول
استقـلال القضـاء

١٣٩ـ المبــدأ

يعد استقلال القضاء ركنا أساسيا فى مبدأ الشرعية بوجه عام وضمانا لسيادة القانون (المشروعية). ولهذا أكد كل من المؤتمرين السابع والثامن للأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، المنعقدين فى ميلانو سنة ١٩٨٥، وفى كوبا سنة ١٩٩٠، أن مبدأ استقلال السلطة القضائية هو أساس الشرعية والمساواة أمام القانون. واستقلال القضاء يعنى تحرر سلطته من أى تدخل من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعدم خضوع القضاة لغير القانون[1]. فواجب القاضى فى تطبيق القانون يقتضى منه معرفة إرادة المشرع على الوجه الصحيح، وهو ما لا يتأتى إلا إذا كان كامل الحرية فى استخلاص هذه الإرادة غير متأثر بفكرة معينة وغير خاضع لتدخل من هاتين السلطتين. ولا يعنى هذا الاستقلال التحكم أو الاستبداد فى الرأى أو الحكم، ولكنه يعنى عدم الخضوع فى استخلاص كلمة القانون وتطبيقها لغير ضمير القاضى واقتناعه الحر السليم[2]. ويعد استقلال القضاء عنصرا مهما فى شرف القضاء واعتباره، بدونه يفقد القضاء قيمته وجدواه فى حماية الحريات.

---

(١) تساءل Pierre Truche الرئيس الأول لمحكمة النقض الفرنسية قبل بلوغه السن القانونية للمعاش عن علة عدم إخطار السلطة التشريعية التى تقر التشريعات بكيفية تطبيقها بواسطة القضاة (حديث أدلى به لمجلة الفيجارو منشور بعددها الصادر فى ٢٨ يونية سنة ١٩٩٩).

(٢) انظر فى الموضوع محمد عصفور، استقلال السلطة القضائية، مجلة القضاة سنة ١٩٦٨ ص ٢٠٩ وما بعدها، المستشار محمد وجدى عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، عالم الكتب، سنة ١٩٧٣ ص ٧١٨ وما بعدها. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء رسالة دكتوراه سنة ١٩٩١.

ولذلك نصت (المادة ٦٥) من الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ على أن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات[١]. كما نصت (المادة ١٦٢) من الدستور الكويتى الصادر سنة ١٩٦٢ على أن شرف القضاء، ونزاهة القضاة وعدلهم، أساس الملك وضمان للحقوق والحريات.

والضمان التقليدى لاستقلال القضاء هو عدم قابلية أعضائه للعزل[٢]. يضاف إليهما ضمانان جديدان يتمثلان فى حسن اختيار القضاة، وصلاحيتهم المهنية للقضاء.

ويهمنا فى هذا الصدد التركيز على الصلاحية المهنية للقاضى لما له من تأثير غير مباشر على استقلال القضاء.

١٤٠ـ الصلاحية المهنية للقاضى

قلنا إن استقلال القضاء يقتضى أن يكون بعيدا عن تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية، ولا يخضع فى قضائه لغير حكم القانون. فلا يكفى أن يكون القضاء بمنأى عن التدخل فى شئونه من بقية سلطات الدولة، بل يجب أيضا ألا يخضع فى أداء وظيفته لغير حكم القانون. فهذا الضابط الأخير هو الذى يحقق لاستقلال القضاء تكامله ومعناه الإيجابى وهو عدم الخضوع فى قضائه لغير حكم القانون. ويمثل فى التكوين المهنى للقاضى فى الوقت ذاته ضمانا لفعالية استقلال القضاء. فالقضاء مهنة قانونية قضائية يجب أن يتوافر فيمن يتقلدها التكوين المهنى القانونى القضائى. ولهذا رأينا كيف أن المجلس الدستورى الفرنسى فى ١٩ من فبراير سنة ١٩٩٨ قد أكد وجوب أن تتوافر لدى رجال القضاء الصلاحية

---

(١) وقد عبر الجنرال ديجول عن أهمية استقلال القضاء بقوله: «إن حسن ضمان كفاية وشرف وحياد الدولة يتوقف على كفالة استقلال القضاء واستمراره فى المحافظة على حرية كل فرد» (خطابه فى ميدان الجمهورية بباريس بتاريخ ٤ سبتمبر سنة ١٩٥٨ مشارا إليه فى:

Notes et Etudes documentaires, l'organisation judiciarie en France, 14 Fev. 1972, p. 75.

(٢) انظر فى هذا الموضوع كتابنا عن (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية ص ٢٧٠ ـ ٢٨٣).

والمهارات اللازمة لشغل الوظيفة القضائية، وأن ذلك يعد من المبادئ ذات القيمة الدستورية[1].

ويجب أن تراقب الدولة الشروط التى تكفل هذا التكوين. فلم تعد معرفة العلوم القانونية فى العصر الحديث بالمهنة السهلة، بعد أن تعددت فروع القانون واختلفت الموضوعات التى تعالجها، فضلا عن تضخم عدد التشريعات الخاصة فى كل مجال، بالإضافة إلى ما يتطلبه حل المشكلات القانونية من الإحاطة بكثير من المعلومات الاقتصادية والعلمية والصناعية والتجارية وغيرها. كل هذا بجانب ما يقتضيه تفسير القانون من الإحاطة بأحكام القضاء وتعلم المنطق القانونى. وبالإضافة إلى ذلك، فإنه بعد انتشار العولمة وما صاحبها من معاملات تجارية دولية، وزيادة عدد المعاهدات الشارعة بما يترتب عليها من تطبيق القانون الأجنبى فى عدد كبير من الأحوال، يتعين إحاطة القاضى علما وتدريبه بما يمكنه من الفصل فى الدعاوى.

وإذا كان لم يعد من السهل الآن توفير التكوين المهنى لرجال القانون، فما بال الأمر بالنسبة إلى القاضى الذى يجب أن يبنى قضاءه على حكم القانون وحده.

ويمر تكوين القضاة بثلاثة مراحل: التكوين الأساسى (فى كليات الحقوق)، والتكوين المهنى (ويتم من خلال معاهد إعداد القضاة ثم بواسطة الخبرة العملية. وقد يسبق الالتحاق بهذه المعاهد اجتياز مسابقة من بين من استوفوا برنامجا تأهيليا معينا لوظائف القضاء)، والتكوين المستمر (يتم من خلال الاطلاع الدائم الأساسى والدورات التدريبية). وتتمثل عناصر هذا التكوين فى جميع مراحله فى الملكة القانونية التى تهيئ للقاضى معرفة القانون؛ وفى القدرة على الحكم طبقا للقانون؛ ثم فى القدرة على الاستقراء والاستنباط السليم.

---

(1) Décision No. 98 - 396, Dc du 19 Février 1998.

هذا وقد صدر قانون عضوى سنة ١٩٩٩ بتعديل المادة الأولى من القانون العضوء organique الصادر فى ٧ يناير سنة ١٩٨٨ يسمح باستمرار مستشارى محكمة الاستئناف وقضاة المحكمة الابتدائية بالاستمرار بعد بلوغهم السن القانونية - بناء على طلبهم - لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات. وقد أقر المجلس الدستورى دستورية هذا القانون عند أخذ رعيه فيه قبل إصداره.

Déc No. 99-418 DC du 8 juillet 1999.

وفى هذا الشأن يوجد اتجاهان : الأول ، هو القانونية "Juridisme" . والثانى ، هو النفسانية "Psychologisme" . ويتطلب الاتجاه الأول ألا يراعى القاضى غير نص القانون . أما الاتجاه الثانى - وهو الاتجاه الحديث - فإنه يرتبط بتطور علوم الإنسان ، ويجعل القضاء نوعا من الطب النفسى الاجتماعى له وظيفة اجتماعية .

ويتطلب التكوين القضائى أن يلم القاضى أولا بالمعلومات القانونية النظرية التى تكفل تكوين ثقافته القانونية ويتم ذلك من خلال معرفة القوانين الرئيسية ، مع الإحاطة بأساليب الفن القانونى والمنطق القانونى .

وحتى يتمكن القاضى الجنائى من الحكم طبقا للقانون لتحقيق المصلحة الاجتماعية ، يجب أن يكون قادرا على تقدير الأوجه غير القانونية للمشكلات التى تنبع من المجتمع الذى يطبق فيه القانون ، وذلك بإحاطته بالعلوم الخاصة بها مثل الطب الشرعى ، والطب العقلى ، وعلم الإجرام والبوليس الفنى وغير ذلك من العلوم التطبيقية كالهندسة والميكانيكا ، كل هذا بجانب إحاطته بالمعلومات التقليدية المتعلقة بكيفية إصدار الحكم وتسبيبه . وفى سبيل تكوين القدرة على الاستقراء والاستنباط السليم ، يجب أن يتمتع القاضى بالقدرة على التحليل والتركيب المنطقى ، وهو ما يمكن توفيره من خلال الدراسة للمنطق ومنهج البحث والقدرة على التعبير الشفوى والكتابى . وجميع هذه العناصر الثلاثة لازمة حتى يطبق القاضى القانون تطبيقا سليما .

على أنه بجانب هذه العناصر يجب غرس وإنماء بعض المعانى والقدرات لدى القضاة ؛ وهى العمل مع الجماعة (حين يعمل القاضى مع زملائه أعضاء الدائرة ، وحين يتعامل مع المحامين والخبراء) ، والقدرة على الحياد والإدراك السليم ، والقدرة على البت فى الأمور ، والقدرة على إقامة العلاقات الإنسانية . كل هذه المعانى والقدرات من شأنها أن تدعم القاضى وأن تمكنه من أداء وظيفته القضائية فى استقلال تام[1] .

ويلاحظ أن التكوين المهنى لرجال القضاء لا يقتصر على مجرد التكوين القانونى بالمعنى الضيق ، بل إلى الإحاطة بغير ذلك من العلوم المكملة له والتى يجب معرفتها

---

(١) Pierre mortaguet; Enseignement et pratique judiciaire, Revue internationale de droit pénal. 1975, No.1 et 2..p.119 - 129.

لإجادة فهم القانون والقدرة على حسن تطبيقه. فلم يعد إدراك معنى القانون قاصرا على تفسير ألفاظه واصطلاحاته، ولم يعد تطبيق القانون مجرد عملية استنباط سهلة؛ لأن فهم الواقعة وتحديد أبعادها يتطلب الإحاطة بكثير من المعرفة التى تتصل بشتى العلوم ومناحى الحياة ويبدو الأمر دقيقا بوجه خاص بالنسبة إلى القضاء الجنائى بعد أن أصبح الهدف من العقوبة هو إعادة إدماج المجرم فى المجتمع، وهو أمر يتطلب من القاضى القدرة على فحص شخصيته من جميع الزوايا النفسية والاجتماعية والعضوية. أو مناقشة تقارير الخبراء فى هذا الشأن.

وقد تنبه المشرع الفرنسى إلى هذه الحقيقة فأنشأ فى عام ١٩٥٨ المركز القومى للدراسات القضائية(١)، بهدف ضمان التكوين المهنى لقضاة المستقبل وإعلاء وتحسين مستوى معلومات القضاة. وقد عدل نظام هذا المعهد فى سنة ١٩٧٠ وسمى بمقتضاه بالمدرسة القومية للقضاء(٢). وتعد هذه المدرسة مؤسسة عامة تتبع وزارة العدل ويتم الالتحاق بها - بحسب الأصل - بواسطة مسابقة ويسمى الطلاب بمندوبى القضاء، ويعدون فى حكم القضاة فيما يتعلق بعدم جواز الجمع بين وظائف متعارضة والحرمان من حق الإضراب، ويحلفون اليمين ويتقاضون مرتبا عن عملهم(٣).

ونأمل أن ينهض مركز الدراسات القضائية فى مصر بعبء التكوين المهنى للقضاة بعد أن يستوفوا تكوينهم القانونى الأساسى فى كليات الحقوق(٤). بالإضافة إلى الدورات والندوات العلمية للقضاة فى مراحل متفاوتة من حياتهم العلمية، أخذا بمبدأ التربية المستمرة، ولجعل القاضى أكثر قدرة على الاستفادة من المعلومات التى تعرض عليه وعلى تقييم نتائج البحث فى فعالية مختلف أشكال الجزاءات الجنائية، ولأن متابعة هذه الدورات من جانب القضاة يمثل إدراكا لصعوبة المهمة

---

(١) Centre national d'Etudes judiciares (C.N.E.J.)

(٢) L'Ecole National de la magistrature (E.N.M.).

(٣) Jean Vincent, op. cit., p. 177.

تكفل كليات الحقوق التكوين القانونى العام فى مرحلة الليسانس، والتكوين القانونى للبحوث الأساسية فى مرحلة الدراسات العليا (الدبلومات والماجستير والدكتوراه) والتكوين القانونى للبحوث التطبيقية فى المعاهد العليا.

(٤) انظر مؤلفنا (الشرعية والإجراءات الجنائية) طبعة ١٩٧٧ ص ١٨٢.

الملقاة على عاتقهم أمام تعقد المشكلات التى تعترض تحديد الجزاء الجنائى الملائم(١). وبالإضافة إلى ذلك يجب توفير التقييم المهنى لأداء القضاة، وأن يكون هذا التقييم وحده هو أساس الترقى فى المناصب القضائية.

ولكن ماذا يجدى التكوين المهنى القضائى السليم أمام هذا العدد الزاخر من القوانين وتلك المجلدات من الكتب القانونية التى يجب على القاضى الإحاطة بها، بينما الاطلاع على ملفات القضايا العديدة وحضور الجلسات يأخذ منه كل وقته ولا يعطيه فرصة للبحث عن القوانين والمراجع. وإذا كان القانون هو مجرد نصوص أقرتها السلطة التشريعية وأصدرها رئيس الجمهورية، فإنه بالنسبة للقاضى شىء أكبر من هذا وأكثر تعقيدا. فهذه النصوص لا ينظر إليها مجردة من غيرها من

---

(١) John Hogarth; Sentencing as a human process, Toronto, University of Toronto press, 1971, p. 390.

وقد عقدت وزارة العدل المصرية منذ عام ١٩٧٩ وحتى عام ١٩٨١ ثلاث دورات تدريبية للقضاة المعينين من بين المحامين بالقطاع العام، ثم صدر القرار الجمهورى رقم ٣٤٧ لسنة ١٩٨١ بتاريخ ٢٤ يونية سنة ١٩٨١ بإنشاء المركز القومى للدراسات القضائية، بهدف إعداد وتدريب أعضاء الهيئات القضائية وتأهيلهم علميا وتطبيقيا لممارسة العمل القضائى (المادة ٢) ويتبع هذا المركز وزير العدل ويتولى إدارته مجلس إدارة يضم إلى جانب رؤساء الهيئات القضائية أربعة من ذوى الخبرة يختارهم وزير العدل لمدة سنة قابلة للتجديد (المادة ٥) من اللائحة التنفيذية للمركز الصادر بقرار وزير العدل رقم ٢٧٨٢ لسنة ١٩٨١، ويتولى التدريس والتدريب بالمركز أعضاء الهيئات القضائية الحاليون والسابقون، وأعضاء هيئات التدريس الحاليون والسابقون بالجامعات، وذوو الخبرة بموضوعات الدراسة والتدريب وكبار رجال القضاء الأجانب الزائرون (المادة ١٨) من اللائحة التنفيذية وتتناول الدراسة إلى جانب العلوم القانونية الطب الشرعى بأقسامه المختلفة والأدلة المادية وعلم النفس والأمراض العقلية، وعلم السجون وقيم وتقاليد السلطة القضائية والأدب القضائى وآداب المرافعة واللغة والمصطلحات القانونية الفرنسية، كما يتضمن منهج التدريب برنامجا علميا يتناول عددا من القضايا الواقعية التى تم الفصل فيها، وتدريبا عمليا فى النيابات المختلفة يستغرق بضعة شهور، ويسرى على الدارسين من معاونى النيابة العامة الجدد الأحكام الخاصة بهم طبقا لقانون السلطة القضائية، وتحدد لوائح التفتيش بالهيئات القضائية الجزاء المرتب على إخفاق العضو فى اجتياز الفترة الدراسية أو الدورة التدريبية بنجاح.

ويذكر أن المركز القومى للدراسات القضائية قد تولى تدريب جميع النيابة العامة منذ مباشرته نشاطه فى أول أكتوبر سنة ١٩٨١ وحتى الآن، وذلك بعد صدور القرارات الجمهورية بتعيينهم وقبل مباشرتهم مهام مناصبهم، غير أن الرأى قد اتجه فى الآونة الأخيرة إلى وجوب أن يكون تعيين أعضاء النيابة الجدد من خريجى المركز القومى للدراسات القضائية (المستشار سرى محمود صيام - اختيار رجال النيابة العامة الجدد - بحث مقدم إلى مؤتمر العدالة الأول الذى نظمه نادى القضاة سنة ١٩٨٦، محمد كامل عبيد - استقلال القضاء. المرجع السابق ص ١٥٦ وما بعدها).

نصوص القوانين الأخرى، بل لابد من نظرة شاملة عليها تحيط بها وبغيرها من النصوص وبآراء الفقه وأحكام القضاء فى شأنها. وكل هذا لابد من تيسيره للقاضى حرصا على استقلاله حتى يتهيأ للحكم الصحيح وفقا للقانون. ولهذا فنحن ننادى بإنشاء أمانة فنية فى كل محكمة لتحضير الجانب القانونى فى الدعوى، فتضع أمام القضاة نصوص القوانين وأحكام القضاء وتكون تحت تصرفهم فى إجراء الدراسات التى يتطلبها الفصل فى الدعوى[1].

بالإضافة إلى ما سلف، يتعين استخدام منجزات العلم فى خدمة القضاء، ذلك بأن التطور واسع الأثر الذى شهده العالم على مدى العصور الأخيرة، يتجه إلى استخدام البنوك الإلكترونية التى تتمتع بطاقة تخزينية ضخمة لكمية هائلة من المعلومات يمكن استعادتها بسرعة فائقة ودقة متناهية. ويجرى استخدام هذه العقول فى مجال العدالة فى مصر، أسوة بالدول التى سبقت إلى ذلك كفرنسا (مركز المعلومات القانونية)، وإيطاليا (المركز الآلى للتوثيق).

وبهذا التيسير نضمن حقا فعالية الصلاحية المهنية للقضاة، ونحقق المعنى الإيجابى لاستقلال القضاء، وبه تتحقق فعالية الضمان القضائى.

وأخيرا، فإن محكمة النقض بما تنهض به من تقويم الأخطاء القانونية التى تشوب الأحكام، والعمل على توحيد المبادئ القانونية تسهم فى تدعيم مناط استقلال القضاء، لأنه يفترض وحدة كلمة القانون التى ينطق بها القضاة، وذلك باعتبار أن الضمير القضائى الحر لا يقضى بغير هذه الكلمة.

١٤١ـ حصانة القضاء

تعد حصانة القضاة من أهم ضمانات استقلال القضاء. وتعنى هذه الحصانة أن القاضى يتمتع بنوعين من الحماية:

١ـ حماية فى مواجهة إبعاده التحكمى من منصب القضاء، سواء من خلال الفصل أو الإحالة إلى المعاش أو الوقف عن العمل أو النقل إلى وظيفة أخرى.

٢ـ حماية من نقله إلى مكان آخر.

---

(١) ويكون أعضاء هذه الأمانة الفنية من خريجى أحد أقسام المعهد التابع لوزارة العدل، أو ممن لم يحصلوا على المستوى الذى يؤهلهم للعمل مباشرة فى سلك القضاء أو النيابة العامة.

وعلى هذا النحو فإن الحصانة من نوعين: حصانة وظيفية، تحمى القاضى من عزله من وظيفته. وحصانة مكانية، تحمى القاضى من عزله من مكانه. والواقع أن القاضى الذى يخشى على منصبه لا يحكم بالعدل[1]، ولا يعنى ذلك أن القاضى أصبح مالكا لوظيفته، أو أن القاضى مهما أخطأ أو أساء سوف يستمر فى منصبه، وإنما تعد الحصانة تأمينا للقاضى من خطر التنكيل به وتعريض مستقبله للضياع، دون إخلال بإحالته للمحاكمة التأديبية عن أية أخطاء يرتكبها[2]. وفى ذات الوقت، فإن القاضى الذى يخشى نقله خارج مقر محكمته وهز استقراره لا يحكم أيضا بالعدل.

١٤٢ - (أولا) بالنسبة إلى الحصانة الوظيفية

اختلفت الدول فى تقرير نطاق تطبيق هذا المبدأ من خلال تحديد الإجراءات التى يمكن بها عزل القضاة. ولقد عرفت الولايات المتحدة الأمريكية بعض أساليب عزل القضاة بغير السلطة القضائية. وقد يتم هذا العزل بقرار من السلطة التشريعية بناء على اتهام مجلس النواب للقاضى «بسوء السلوك» ثم إحالته إلى مجلس الشيوخ الذى يصدر قرارا بعزله. ويعرف هذا الأسلوب باسم «Impeachment» وقد أخذت به ٤٣ ولاية أمريكية كما قد يتم العزل بواسطة المحاكم بناء على طلب أحد مجلسى السلطة التشريعية أو الاثنين معا، وذلك «لسوء السلوك الوظيفى» ويعرف هذا الأسلوب باسم «Adress» وقد أخذت به ٢٩ ولاية أمريكية. وهناك أسلوب ثالث للعزل، حيث يتم بواسطة الناخبين من خلال إجراءات ذات طابع سياسى، ولا يتوقف هذا العزل على أسباب محددة، وإنما يكفى أن يفقد القاضى ثقة واعتبار الناخبين، ولو لم يصدر منه خطأ معين أو يفقد أهليته القاضئية، وقد عرف هذا الأسلوب باسم «Recall» وأخذت به ٦ ولايات أمريكية.

واتجهت بعض الدول الأخرى إلى عدم جواز عزل القضاة إلا بناء على قرار من

---

(١) هذا ما قاله النائب العام دوبان، انظر:
Georg Burideau: Les libértes pubilques, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1972, p. 139.

(٢) Waline, Le Pouvoir exécutif (et son chef) op, cit., p. 101.

محكمة عليا[1] أو بواسطة الجهة التى انتخبته[2] أو طبقا لقرار قضائى[3] حسب الأحوال فى الدول المختلفة.

وقد كفل الدستور المصرى حصانة القضاة، فنص على عدم قابليتهم للعزل (المادة ١٦٨)، وأكد ذلك قانون السلطة القضائية الصادر سنة ١٩٧٢، حيث نص على عدم قابلية القضاة للعزل إلا بالطرق التأديبية، وهى إما أن تقرر عدم صلاحية القاضى أو تأديبه على نحو معين.

وتتم محاكمة القضاء تأديبيا أمام مجلس تأديب خاص يشكل برئاسة رئيس محكمة النقض وعضوية أقدم ثلاثة أعضاء من رؤساء محكمة الاستئناف وأقدم ثلاثة من مستشارى محكمة النقض (المادة ٩٨ من قانون السلطة القضائية).

وفى فرنسا، يختص بتأديب القضاء مجلس القضاء الأعلى، على أن يرأسه رئيس محكمة النقض فى هذه الحالة بدلا من رئيس الجمهورية أو وزير العدل الذى يرأس المجلس فى غير ذلك من الأحوال.

وقد تعرض القضاء فى بعض الدول للاعتداء على حصانته، مثل فرنسا وشيلى ومصر. ففى فرنسا، أوقفت حصانة القضاء لأول مرة فى عهد الإمبراطورية الأولى سنة ١٨٠٧ ثم صدر دستور سنة ١٨٥٢ فنص على عدم قابلية القضاة للعزل، ولكن هذه الحصانة تعرضت للمساس بها فى عهد الجمهورية الثالثة، إذ صدر قانون فى ٣٠ أغسطس سنة ١٨٨٣ من أجل التخلص من القضاة المشتبه فى عدائهم للنظام الجديد. ثم وقع اعتداء آخر على حصانة القضاة فى عام ١٩٢٦ حين صدر قانون بإلغاء بعض المحاكم وعزل قضاتها نتيجة لذلك. وقد صاحبت فترة عدم الاستقرار السياسى التى مرت بها فرنسا منذ يونية ١٩٤٠ عدة اعتداءات على القضاة، فقد قررت حكومة فيشى - طبقا لقانون صدر فى ١٧ يولية سنة ١٩٤٠ - وقف العمل مؤقتا بمبدأ عدم قابلية القضاة للعزل، وجاءت الحكومة المؤقتة للجمهورية سنة ١٩٤٤ فاستفادت من هذا الموقف للتخلص من القضاء الذين تعاونوا مع العدو.

---

(١) ألبانيا، بلجيكا، البرازيل، جواتيمالا، النرويج، هولندا، ألمانيا.
(٢) ألبانيا، الاتحاد السوفييتى (سابقا)، يوغوسلافيا (سابقا).
(٣) ألبانيا، الاتحاد السوفييتى (سابقا).

وعادت الحصانة للقضاة وفقا للأمر الصادر فى ١٥ مايو سنة ١٩٤٥، وأكدها الدستور الفرنسى الصادر فى سنة ١٩٤٦ ثم الدستور الصادر فى سنة ١٩٥٨[(١)].

---

(١) انظر: G. Burdeau: op. cit., p. 139. Jean Vincent, procécis Dalloz, 1974, p. 181, 182.
قيل بأنه قد حدث اعتداء على حصانة القضاة حين صدر المرسوم فى سنة ١٩٦٢ بتخفيض سن الإحالة إلى المعاش بناء على أن الهدف منه كان التخلص من بعض القضاة.

Robert Charvin, justice et politique, Paris, 1968, p. 195 et 196

وتجدر الإشارة إلى ما تضمنه الإعلان العالمى لاستقلال القضاة الصادر بمونتريال سنة ١٩٨٣ من عدم جواز تعديل سن التقاعد بالنسبة الموجودين على رأس وظيفتهم دون موافقتهم (المبدأ ٢-٢٢).

وانظر قرار مجلس القضاء الأعلى فى فرنسا فى ٨ فبراير سنة ١٩٨١ بعزل القاضى جاك بيدالو Jacqu Bidalou وما أثاره من سخط لدى القضاة والنقابات المهنية ورجال الأحزاب السياسية لما قيل من صدوره بسبب اعتياد هذا القاضى على إصدار أحكام تتنافى مع السياسة العامة للحكومة، فضلا عن اشتهاره بالعداء الشديد لسياستها (محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، ص ٢١٢).

وتعرض القضاء فى شيلى إلى محنة الاعتداء على حصانته فى سنة ١٩٧٣، إذ صدر المرسوم بقانون رقم ١٧٠ بتاريخ ٦ ديسمبر سنة ١٩٧٣ الذى يخول المحكمة العليا فى كل عام تحديد الإجراءات التى يتم بناء عليها التحقق من توافر شروط ممارسة قضاة محكمة الاستئناف لوظائفهم، وقد أعدت بناء على هذا المرسوم ثلاث قوائم للقضاة منها قائمة للقضاة الذين يتم عزلهم من وظائفهم بقرار تصدره المحكمة العليا بناء على الأغلبية العادية، ويكون قرارها فى هذا الشأن غير قابل للطعن وقد طبقت هذه الإجراءات نفسها على قضاة المحكمة العليا. وقد لاحظت مجموعة العمل الخاصة بلجنة حقوق الإنسان بمنظمة الأمم المتحدة المكلفة بتحقيق الوضع بالنسبة لحقوق الإنسان فى شيلى أن المرسوم بقانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٧٣ سالف الذكر قد تضمن وضع معايير جديدة لشاغلى الوظائف القضائية، منها معيار «الأخلاق التى لا تشوبها شائبة» بدلا من مجرد «حسن السلوك» الذى كان ينص عليه التشريع السابق، كما أن هذا المرسوم اكتفى بمجرد الأغلبية العادية للمحكمة العليا لإصدار قرار العزل بعد أن كان التشريع السابق يشترط أغلبية الثلثين، وطبق المرسوم الجديد بأثر رجعى بداية من أول يناير سنة ١٩٧٣، كما لوحظ أن تقييم القضاة كان يتم فى ضوء طبيعة النظام السياسى الذى وقع فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧٣، وهو ما ينطوى على اعتداء جسيم على حصانة القضاة.

Etudes de violation des L'homme signalées au Chili, en particulier les cas de torture et autres peines ou traitement crles, inhumaines ou degradants, Rapport du groupe du travail spécial crée par la resolution & (xxxi) de la commission des droits de l'homme et chargeé d'enquéte sur la situation actuelle concernant les droits de L'homme au chili, 4 Fév, 1976, Doc, E/cn. 4/1 188, p. 14 et 15.

هذا بالإضافة إلى أن المرسوم بقانون رقم ٥٢٧ الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٤ قد خول رئيس الحكومة سلطة مراقبة سلوك القضاة، وأعطاه الحق فى أن يطلب من المحكمة العليا اتخاذ الإجراءات التأديبية ضدهم. وهنا يجدر التنبيه إلى أن تخويل المحكمة العليا سلطة عزل القضاة لا يحول دون القول بوجود اعتداء على حصانة القضاة، طالما أن القواعد التى تتبعها المحكمة العليا ليست نابعة عن السلطة القضائية نفسها أو القانون المنظم لها، وطالما كانت معايير العزل القضائى مشوبة بالتحكم وعدم الانضباط.

وفى مصر تعرض القضاء لمحنة الاعتداء على استقلاله وحصانته فى عام ١٩٦٩ بصدور القرار الجمهورى بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بشأن إعادة تشكيل الهيئات القضائية، والذى تبعه القرار الجمهورى رقم ١٦٠٣ لسنة ١٩٦٩ بإعادة تعيين رجال القضاء والنيابة العامة، مغفلا ذكر أسماء بعض رجلا القضاء والنيابة العامة الذين كانوا معينين قبل هذا القرار، مما ينطوى على عزله ضمنيا[١].

وكان من بين المعزولين عدد من المستشارين الذين حكموا بالبراءة فى بعض القضايا السياسية، وقد جاء القرار الضمنى بعزل القضاة منطويا على اعتداء جسيم على الدستور ينحدر به إلى حد الانعدام، بسبب افتئات السلطة التنفيذية على استقلال السلطة القضائية خلافا للدستور، واغتصابها لسلطة مجالس تأديب القضاة بتقرير أمور العزل، هذا فضلا عما شاب هذا القرار من اعتداء على الحريات باعتبار أن القضاء ضمان أساسى لحماية الحريات[٢].

وقد قضت محكمة النقض بإلغاء القرار رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بإعادة تشكيل الهيئات القضائيةبناء على سببين: أولهما يتعلق بخروج هذا القرار عن حدود التفويض الممنوح لرئيس الجمهورية، وثانيهما ما يتعلق بالاعتداء على استقلال القضاء؛ نظرا إلى أن استقلال القضاة وعزلهم أمر ينظمه القانون فلا يجوز تنظيمه بأداة أدنى مرتبة من القانون[٣].

---

(١) وقد وقع الاعتداء الجسيم على حصانة القضاة على أثر محاولة السلطة التنفيذية التدخل فى شئون رجال القضاء والمساس باستقلال القضاة، وذلك عن طريق ضمهم إلى الاتحاد الاشتراكى ثم ضم بعضهم إلى جماعة داخل القضاء تحمل اسم الجماعة القيادية للهيئات القضائية، وتشجيع أعضاء هذه الجماعة على كتابة التقارير ضد زملائهم، ومحاولة التشكيك فى أن القضاء سلطة مستقلة من سلطات الدولة. وقد عزل عدد من رجال القضاء والنيابة العامة - وخاصة من أعضاء مجلس إدارة نادى القضاة منهم المستشار يحيى الرفاعى سكرتير عام هذا النادى فى ذلك الوقت بسبب مقاومته هذا التدخل. كما حرص المغفور له المستشار عادل يونس وزير العدل السابق وقت أن كان رئيسا لمحكمة النقض ورئيسا لمجلس القضاء الأعلى فى هذه المرحلة - أن يواجه تدخل وزير العدل فى أعمال السلطة القضائية على النحو المبين فى محاضر جلسات مجلس القضاء الأعلى فى تلك الآونة.

(٢) انظر مقالنا «الضمانات الدستورية للحرية الشخصية» مجلة مصر المعاصرة، سنة ١٩٧٢، ص ١٤٨.

(٣) ونحن إذ نؤيد النتيجة التى انتهى إليها هذا الحكم، نضيف ما يأتى:

١ - أن الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ قد نص على أن القضاة غير قابلين للعزل، وينظم القانون مساءلتهم تأديبيا (المادة ١٦٨) ومن ثم، فإن مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل ينبع من الدستور لا التشريع، وليس للقانون من دور إلا فى تنظيم المسائلة التأديبية لا العزل، وإلا كان غير دستورى. وإذا فرضنا أن عزل القضاة تم وفقا لقانون صادر من السلطة التشريعية وليس مجرد قرار إدارى بقانون، فإن هذا القانون بدوره يكون غير دستورى؛ لأن استمرار صحة القوانين القائمة قبل =

وقد عبرت اللجنة التحضيرية للدستور سنة ١٩٧١ عن رغبتها فى وضع نص صريح يحظر إعادة تشكيل الهيئات القضائية لتفادى وقوع هذه الكارثة مرة أخرى، إلا أن المشروع النهائى جاء خلوا من هذا النص بناء على أن المعنى المذكور مستفاد ضمنا من النصوص الخاصة باستقلال القضاء وحصانته. والواقع من الأمر، فإنه لا صعوبة بالنسبة إلى القضاة، فهم غير قابلين للعزل طبقا للمادة ١٦٨ من الدستور وحدها، دون الإحالة على قانون معين ينظم أحوال العزل، وكل ما يملكه القانون هو مجرد تنظيم المساءلة التأديبية للقضاة. أما بالنسبة لأعضاء الهيئات القضائية الأخرى، فإن القانون هو الذى حدد أمورهم، ومن بينها أحوال العزل، ولذلك فإن حصانة هؤلاء لا تستمد من الدستور ذاته - خلافا للقضاة - وإنما تستمد من القانون[1].

= الدستور معلق على كونها غير محالفة للدستور الجديد (المحكمة الدستورية العليا فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٧١، الطعن رقم ٢ لسنة ١، عدم دستورية). هذا فضلا عن أن تنظيم عزل القضاة بقانون وفقا لدستور سنة ١٩٦٤ (والذى كانت المادة ١٥٦ منه تنص على أن القضاة غير قابلين للعزل وذلك على الوجه المبين بالقانون) كان يتطلب أن يشتمل القانون المنظم للعزل على قواعد عامة مجردة تبين الأحوال التى يجب فيها عزل القضاة وكيفية ذلك لا مجرد السماح للسلطة التنفيذية بإصدار قرارات فردية بالعزل دون ضابط معين.

٢- فضلا عن عدم مشروعية القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ الذى أجاز إعادة تشكيل الهيئات القضائية، فإن القرار رقم ١٢٠٣ لسنة ١٩٦٩ الذى اشتمل ضمنا على عزل بعض رجال القضاء قد شابه عيب الانحراف فى السلطة؛ لأنه توخى تحقيق غاية غير مشروعة.

وعلى أثر حركة التصحيح فى مايو سنة ١٩٧١ صدر قرار بقانون أجاز إعادة بعض أعضاء الهيئات القضائية الذين شملتهم قرارات العزل، وجاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا القرار بقانون أنه «قد تأكد مما أسفر عنه البحث أن بعض المعلومات والبيانات التى أدت إلى إغفال إعادة تعيين بعض أعضاء الهيئات القضائية مشكوك فى مصادرها وغير صحيحة فى مضمونها نتيجة العجالة التى صاحبت إعادة التشكيل مما ألحق ظلما بينا وحيفا أكيدا ببعض أعضاء الهيئات القضائية لا سبيل إلى رفعه إلا برد اعتبارهم إليهم بإعادة تعيينهم». على أن هذا القرار بقانون لم يتح لجميع المعزولين من القضاة العودة إلى مناصبهم، فلما صدرت أحكام محكمة النقض بعدم مشروعية قرار العزل، صدر القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٣ فى شأن إعادة بعض أعضاء الهيئات القضائية إلى وظائفهم الأصلية، ونص على إعادة باقى أعضاء الهيئات القضائية الذين عزلوا أو نقلوا إلى وظائف أخرى تنفيذا للقرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ إلى وظائفهم الأصلية وتنظيم الآثار المترتبة على هذه الإعادة.

(١) ويذكر أن المادة ٢٧ مكررة من القرار بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ فى شأن تنظيم هيئة قضايا الدولة المضافة بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٦ - قد نصت على أنه «يجوز للمجلس الأعلى (المجلس الأعلى للهيئة) فصل المندوب المساعد أو نقله إلى وظيفة أخرى بغير الطريق التأديبى، ويصدر بذلك قرار من رئيس الجمهورية» ويلاحظ أنه بمفهوم المخالفة لهذا النص، فإنه لا يجوز فصل عضو الهيئة الشاغل لدرجة تعلو درجة المندوب المساعد - وهى أدنى الدرجات - بغير الطريق التأديبى.

ويجدر التنبيه إلى أن القانون رقم ٣٥ لسنة ٩٨٤ بتعديل قانون السلطة القضائية الصادر سنة ١٩٧٢ قد أضفى على رجال النيابة العامة - بمن فيهم النائب العام وباستثناء معاونى النيابة - ضمان عدم القابلية للعزل (المادة ٦٨).

١٤٣ - (ثانيا) بالنسبة إلى الحصانة المكانية

لا تقتصر حصانة القاضى على وظيفته التى يتقلدها، بل تمتد إلى المحكمة التى يعمل فيها وتحميه من النقل إلى محكمة أخرى إلا برضائه، ذلك أن ضمانة عدم قابلية القضاة للعزل ليست كافية وحدها لضمان اطمئنان القضاة فى عملهم؛ لأن المحاكم على اختلاف درجاتها تنتشر فى أنحاء الجمهورية وفى مدن تتفاوت من حيث البيئة وظروف المعيشة، كما أن الدوائر متعددة داخل المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف، ويمكن أن يكون أمر النقل وسيلة للنكاية بالبعض بنقله إلى أماكن نائية، أو باستمالة البعض الآخر بإبقائه فى العاصمة أو المدن القريبة[1]، أو بإبعاده عن القضية التى ينظرها من خلال إعادة توزيع العمل عليه فى دائرة أخرى. وقد عبرت عن ذلك المادة ٤ من قانون الهيئة القضائية الفرنسى «la magistrature» قائلة بأن القضاة غير قابلين للعزل، وبالتالى فإنه لا يجوز نقل القاضى دون موافقته ولو كان على سبيل الترقية[2].

وحظر نقل القاضى ليس إلا نتيجة لعدم قابليته للعزل، ومن ثم فإنه ينال القيمة الدستورية ذاتها لحصانة القاضى من العزل كما نص عليها الدستور[3]. فالمراد بالعزل لا ينصرف إلى الوظيفة القضائية برمتها، بل ينصرف كذلك إلى القضية التى ينظرها.

وقد أكد قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ هذا المبدأ، وهو من

---

(١) وقد نوهت المذكرة الإيضاحية لقانون استقلال القضاء رقم ٦٦ لسنة ١٩٤٣ إلى أن «الأمن من العزل عند جميع الناس يشمل الأمن من الوسائل التى تلجأ إليها، كنقل الموظف إلى جهة يصعب عليه أن يقيم فيها لأسباب صحية أو عائلية، ولو نقل إليها رغم إرادته اضطر يوما من الأيام إلى الاستقالة أو إلى محاباة من بيده الأمر فى نقله أو بقائه، فيتأثر بما يناله».

(٢) صدر فى فرنسا قانون عضوى loi organique فى سنة ٢٠٠١ بتعديل نظام القضاة والمجلس الأعلى للقضاء ينص على عدم جواز ترقية القاضى (أو عضو النيابة العامة) إلى الفئة الأولى فى المحكمة التى عمل فيها لمدة تزيد على خمس سنوات، عدا محكمة النقض.

(٣) Thierry Renoux, op. cit., p. 131 et 135.

القوانين المكملة للدستور، فنص فى المادة ٥٢ منه على أنه «لا يجوز نقل القضاة أو ندبهم أو إعارتهم إلا فى الأحوال وبالكيفية المبينة بالقانون» وحددت المواد ٥٣ وما بعدها أحكام نقل القضاة، كما نظمت المواد ٥٥ وما بعدها ضوابط ندبهم فجعلت المدة مؤقتة واشترطت موافقة مجلس القضاة الأعلى.

ولما كانت حصانة القضاء تستمد قيمتها من الدستور، فلا يجوز أن ينتقص من قدرها قرار صادر من إحدى الهيئات المختصة بإدارة شئون العدالة تتضمن تنحية قاض عن نظر قضية تدخل فى اختصاصه إذا لم يستند ذلك إلى أسباب موضوعية مجردة ينظمها القانون، بما لا ينطوى على شبهة المساس بحصانة القضاء.

١٤٤- إسهام الشعب فى إقامة العدالة

يرتبط نظام إسهام الشعب فى إقامة العدالة الجنائية، وفق الأشكال المختلفة التى يمكن أن يوجد عليها فى الأنظمة الجنائية المتبعة إلى حد كبير، بالتقاليد القانونية والنظام الدستورى للدول التى تعرف هذا النظام. وتثور هنا قضية اشتراك غير القانونيين فى القضاء عن طريق المحلفين أو القضاة الشعبيين أو الإخصائيين.

وبالنسبة للمحلفين والقضاة الشعبيين[1]، فإن هذا النظام تستتر وراءه اعتبارات سياسية. فأهم أسانيده السياسية أن سيادة الشعب تقتضى إسهامه فى القضاء.

وقد فقد هذا السند بريقه لأن القضاء لم يعد مقصورا على طبقة اجتماعية معينة، ولم يعد القضاء إلا من رجال الشعب نفسه لا يختارون إلا بقدر كفايتهم لا طبقا لانتمائهم الطبقى. هذا فضلا عن أن سيادة الشعب تكفلها القوانين المختلفة[2] وصدور الأحكام باسم الشعب. وكان من أسباب المطالبة بإدخال نظام المحلفين فى القرن التاسع عشر، أن الطبقات الوسطى المتحررة كانت لا تثق فى القضاء الجنائى

(١) طبقا لنظام المحلفين تتكون المحكمة من قضاة مهنيين ومحلفين من عامة الشعب ويختص المحلفون بتقرير الإدانة، وينطق القضاة المهنيون بالعقوبة أو البراءة حسبما يرى المحلفون. أما نظام القضاة الشعبيين فيتطلب أن يجلس فى المحكمة بجانب القضاة المهنيين قضاة شعبيون من عامة الشعب يكونون هيئة مشتركة ويفصلون معا فى الدعوى بجميع مسائلها الإجرائية والموضوعية.

(٢) Raymond Charles, Rapport presenté aux travaux de la troisiéme journée d'etudes juridiques, bibliotéque de la faculté de droit de l'université cathalique de louvain, No.4 (le jury face au droit pénal moderne), Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant 1967, p. 47.

الذى يقوم به قضاة مهنيون لأنهم كانوا خاضعين للتأثير السياسى للحكومة بناء على كونهم موظفين بها . وكان «الأحرار» السياسيون فى هذا العصر يطالبون بمحاكم المحلفين فى القضايا السياسية ، حتى يفصل فيها رجال «أحرار» من الشعب(١) . وعلى عكس ذلك ، قيل بأن الثورة الفرنسية أتت بنظام المحلفين لغاية أخرى هى تحطيم الكيان القضائى وجعله أداة للسلطة السياسية(٢) .

وهكذا نرى أن إشراك أفراد الشعب فى وظيفة القضاء كانت وراءه بواعث سياسية . على أنه لم يكن من أجل تثبيت استقلال القضاء إلا حين كان القضاة خاضعين لتأثير السلطة التنفيذية ، مما يعنى عدم الحاجة إلى هذا التثبيت حين يكون استقلال القضاء متوافرا فى مواجهة هذه السلطة .

ويلاحظ أن الدستور المصرى قد نص على أن يسهم الشعب فى إقامة العدالة على الوجه وفى الحدود المبينة فى القانون . ولما كانت نصوص الدستور متكاملة متساندة ، فإنه لا يجوز أن يترتب على إسهام الشعب فى إقامة العدالة الانتقاص من استقلال القضاء ، مما يحتم أن يكون دور ممثلى الشعب فى بعض المحاكم محدودا متوقفا على توجيه القاضى فى المسائل القانونية أو التى تتطلب خبرة خاصة .

فاستقلال القضاء ليس من أجل إرضاء الرغبات الشخصية للقضاة(٣) ، وإنما هو من أجل تمكينهم من القضاء وفقا للقانون . ولا معنى لاستقلال القضاء ما لم يتوافر التكوين المهنى الذى يخلق لدى القضاة الوعى القضائى لتدعيم هذا الاستقلال والاستفادة منه وتوجيهه أحسن توجيه . وبدون هذا التكوين المهنى فلن يتحقق الاستقلال القضائى على الوجه الصحيح . لأن القاضى الذى لا يعرف حدود وظيفته ومناط قضائه قد لا يتمكن من مواجهة أى تدخل فى شئونه بل قد لا يدرك خطر التدخل عند حدوثه . ولهذا قرر مؤتمر رجال القانون المنعقد فى لاجوس سنة ١٩٦٢ أن منح الاختصاص القضائى لأشخاص محرومين من التكوين والخبرة القانونية لا يوفر الضمانات التى يحتمها مبدأ سيادة القانون(٤) .

---

(١) The German code of criminal procedure, introduction by EBERHARD SHMIDT, London, 1965, p. 4

(٢) Georges Burdeau, op. cit., p.137.

(٣) Stndicat de la magisruture; Au nom peuple Français, Editions stock, Paris, 1974, p. 18.

(٤) Commission internationale des juristes; primauté du droit et l'homme, 1966, op. cit., p. 38.

وقد عنى الإعلان العالمى لاستقلال القضاء الصادر فى مونتريال سنة ١٩٨٣ بالتكوين المهنى للقضاة، فنص على وجوب أن يكون المرشحين لوظائف القضاء من الأشخاص الأكفاء والمدربين فى القانون وتطبيقه، وأن يتاح للقضاة الدخول فى دورات تأهيل مستمرة. كذلك أوجب المبدأ العاشر من المبادئ الأساسية لاستقلال السلطة القضائية الصادرة عام ١٩٨٥ أن يكون من يقع عليهم الاختيار لشغل الوظائف القضائية من ذوى الكفاءة وحاصلين على تدريب ومؤهلات مناسبة فى القانون.

١٤٥ـ نطاق استقلال النيابة العامة

يمارس القضاء الوظيفة القضائية، ولكنه يمارس كل هذه الوظيفة، فالهيئات القضائية الأخرى تشاركه فى أعباء هذه الوظيفة، فى حدود معينة كما هى الحال بالنسبة إلى النيابة العامة[١]. فهى أحد الأجهزة الساهرة على حسن تطبيق القانون فى الدولة القانونية. فهى التى تختص بممارسة حق الدولة فى العقاب من خلال الدعوى الجنائية، ويتطلب هذا الدور أن تؤدى وظيفتها بموضوعية[٢]. ونجاحها فى أداء هذه الوظيفة ليس بعدد الدعاوى الجنائية المرفوعة، وإنما من خلال حسن تطبيق القانون الذى يتمثل فى أحكام سليمة بالإدانة من خلال محاكمة منصفة.

فما مدى تمتع النيابة العامة كهيئة قضائية باستقلال القضاء، حتى نتبين مدى شرعية توفيرها للضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية.

واضح مما تقدم، أن الضمان التقليدى لاستقلال القضاء يبدو فى عدم القابلية

---

(١) Yotis; les organes de poursuite dans le procés pénal, Rev, inter. de droit pénal 1963, p. 157

(٢) انظر تقرير الجمعية الدولية لعلم الإجرام حول دور النيابة العامة فى القضاء الجنائى ـ اتجاه من زاوية علم الإجرام.

(Jorge de Figueiredo Dias; Le rôle du ministere public penale, une approche criminolgique)

منشور فى مؤلف معهد بحوث النظم القضائية الإيطالى الذى أصدره بالتعاون مع الجمعيات الدولية العاملة فى حقل القانون الجنائى (الجمعية الدولية لقانون العقوبات، والجمعية الدولية لعلم الإجرام، والجمعية الدولية للدفاع الاجتماعى، والجمعية الدولية لعلم السجون) والتى قدمت تقاريرها إلى المؤتمر الدولى التاسع للأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد فى القاهرة مايو سنة ١٩٩٥.

(Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudzari; The role of the public prosecutor in criminal justic, c according to the different constitutional systems, Bolonga, 1996, p. 17).

للعزل. وعلى الرغم من اعتبار النيابة العامة جزءا من السلطة القضائية لدى بعض التشريعات، إلا أنها لم تكن تتمتع بهذا الضمان. إلا أن الاتجاه الحديث أكد تمتعها بهذا الاستقلال.

وقد نص القانون اليونانى الصادر فى عام ١٩١١ على تمتع النيابة العامة بضمان عدم العزل الذى يتمتع به القضاة، كما تأكد فى إيطاليا عدم قابلية النيابة العامة للعزل(١).

وفى فرنسا، بعد أن كانت النيابة العامة تعد جزءا من السلطة التنفيذية، فإنه بمقتضى التعديل الدستورى الصادر فى ٢٧ يولية سنة ١٩٩٣ أصبحت جزءا من الهيئة القضائية "autorité judıciaire"(٢). فقد نصت المادة ٦٤ من الدستور الفرنسى على أن رئيس الجمهورية يضمن استقلال الهيئة القضائية ويساعده فى ذلك المجلس الأعلى للقضاء. وميزت المادة ٦٥ من الدستور بعد تعديلها، فى شأن عضوية المجلس الأعلى للقضاء بين رجال القضاء الجالس magistrats du siége ورجال القضاء التابعين للنيابة العامة وأصبح هذا المجلس مختصا بشئون أعضاء النيابة العامة. وجاء القانون العضوى «organique» الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٩٩٤ فعدل نظام المجلس الأعلى للقضاء وأشار إلى استقلال الهيئة القضائية سواء تلك التى يقوم عليها رجال القضاء الجالس أو رجال القضاء من أعضاء النيابة العامة، فأكد بذلك انتماء النيابة العامة للهيئة القضائية. فى ضوء ذلك أكد المجلس الدستورى الفرنسى أن الهيئة القضائية التى تكفل للمادة ٦٦ من الدستور الفرنسى احترام الحرية الفردية، تشمل كلا من القضاء الجالس، وقضاء النيابة العامة(٣). إلا أن تقرير انتماء النيابة العامة للهيئة القضائية فى فرنسا لم يحل دون انفراد القضاة (رجال القضاء الجالس بسلطة الحكم) واشتراط القانون الفرنسى عدم جواز اتخاذ إجراءات جنائية معينة إلا من قضاة الحكم(٤).

---

(١) G iuseppe Di Fedenco, Istituto di Ricerca suı sistemi Gıudizari, op. cit., p. 17.

(٢) يلاحظ أن الدستور الفرنسى يستخدم هذا التعبير قاصدا ما يعبر عنه الدستور المصرى بالسلطة القضائية.

(٣) Déc no. 93 - 336 du 27 Janvıer 1994, Recueil constıt. Juris, (1994 - 1997), p 579.

(٤) Déc. no. 95 - 360 du 2 Févr 1995, Recueil, op. cit , p. 632.

وقد أشير فى تقرير اللجنة الدستورية والتشريعية بالجمعية الوطنية الفرنسية رقم ٩٣٠ عن مشروع تعديل الدستور الفرنسى بشأن المجلس الأعلى للقضاء إلى أن هذا المجلس يكفل استقلال القضاء ويحمى المواطن من تجاوز القضاء لسلطته.

وفى مصر، نجد أن القرار بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية قد عالج شئون أعضاء النيابة العامة أسوة بشئون القضاة. ووحد بين شروط تعيين الفئتين ودرجاتهم وطريقة احتساب أقدميتهم، ومرتباتهم ونص على أن تأديب أعضاء النيابة العامة أمام ذات مجلس التأديب الذى يفصل فى تأديب القضاة (المادتان ٩٨ و ١٢٧). ويحكم عليهم بنفس العقوبات التأديبية التى يحكم بها على القضاة (المادة ١٠٨)، ويتبع أمام مجلس التأديب نفس القواعد والإجراءات المقررة لمحكمة هؤلاء الآخرين (المواد من ١ إلى ١١٥).

مع ذلك فقد كان هناك أمران ينتقصان من الاستقلال القضائى للنيابة العامة وهما القابلية للعزل، والتبعية الإدارية لأعضاء النيابة العامة.

فبالنسبة إلى القابلية للعزل، فإنه كان يجوز فصل أعضاء النيابة العامة أو نقلهم إلى وظيفة أخرى غير قضائية بغير الطريق التأديبى، وذلك بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية (المادة ١٢٩/ ٤). وكان رأينا أن موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية على العزل ليس ضمانا كافيا، لأنها ليست مشروطة بأحوال معينة تكشف عن مدى جسامة ما صدر عن عضو النيابة العامة حتى يستحق العزل. بل إن العزل عن غير الطريق التأديبى قد يعنى أنه صدر لأسباب لا تصلح وحدها مبررا للعزل بالطريق التأديبى، مما يعد انتقاصا لاستقلال أعضاء النيابة العامة. هذا إلى أن تشكيل المجلس الأعلى للهيئات القضائية يضم ممثلين للهيئات «القضائية» من غير القضاة والنيابة العامة. ولا يجوز لهؤلاء أن يبدو آراءهم فى مسائل تتعلق بصميم استقلال القضاء والنيابة العامة ضمانا لصون هذا الاستقلال[1].

وقد واجه المشرع المصرى مشكلة الانتقاص من استقلال أعضاء النيابة العامة فى مصر، فأكد انتماء النيابة العامة إلى السلطة القضائية، إذ أضفى على رجالها ضمانة عدم القابلية للعزل وذلك بمقتضى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية الذى تناول بالتعديل (المادة ٦٧) التى أصبحت تنص على أنه «رجال القضاء والنيابة العامة - عدا معاونى النيابة - غير قابلين للعزل . . .» ويتضح من هذا النص أن الضمانة المذكورة قد شملت رجال النيابة العامة عدا معاونى

(١) انظر مؤلفنا (الشرعية والإجراءات الجنائية) طبعة ١٩٧٧ ص ١٨٤ وما بعدها.

النيابة[1]، وقد شملت النائب العام فأكدت الصفة القضائية لمنصبه ومنعت عزله، وقد أعطى الحق بموجب الفقرة الثانية من (المادة ١١٩) بعد تعديلها بالقانون سالف الذكر فى أن يطلب عودته إلى العمل بالقضاء بحيث لا يضار فى أقدميته ويحتفظ له بمرتباته وبدلاته بصفة شخصية، وقد أوردت المذكرة الإيضاحية لذلك القانون فى تبرير إضفاء عدم القابلية للعزل على رجال النيابة العامة قولها «النيابة العامة شعبة أصيلة من السلطة القضائية، تضطلع بمهام قضائية فى مجال الدعوى الجنائية وتساهم فى إقرار وإرساء العدالة، لهذا كان من الضرورى إسباغ الحصانة القضائية على رجالها».

وبالنسبة إلى التبعية الإدارية للنيابة العامة، فقد نص قانون السلطة القضائية على أن أعضاء النيابة يتبعون رؤساءهم والنائب العام. وهم جميعا لا يتبعون إلا وزير العدل. وللوزير حق الرقابة والإشراف على النيابة العامة وأعضائها، وللنائب العام حق الرقابة والإشراف على جميع أعضاء النيابة، ولرؤساء النيابة حق الرقابة والإشراف على أعضاء النيابة بمحاكمهم (المادة ١٢٥). وقد أجاز قانون السلطة القضائية لوزير العدل إلى جانب النائب العام أن يوجه تنبيها لأعضاء النيابة الذين يخلون بواجباتهم إخلالا بسيطا بعد سماع أقوال عضو النيابة، ويكون التنبيه شفاهة أو كتابة (المادة ١٢٦).

وتبعية أعضاء النيابة العامة للنائب العام تتفق مع اعتبار النيابة العامة كيانا قانونيا لا ينقسم بتعدد أعضائه، وهو ما يسمى بمبدأ عدم التجزئة، فجميع أعضاء النيابة العامة وكلاء للنائب العام ويمكنهم الحلول محل بعضهم فى جميع الأعمال المسندة إليهم أو تكملتها، عدا الاختصاصات الذاتية الممنوحة للنائب العام أو المحامى العام أو رئيس النيابة حسب الأحوال. وتتلاءم هذه التبعية فقط مع وظيفة الاتهام الملقاة على عاتق النائب العام، لكى يقوم بها بنفسه أو من خلال أعوانه من أعضاء النيابة العامة. فالنيابة العامة يجب أن تباشر هذه الوظيفة وفقا لسياسية معينة يضعها النائب العام وينفذها أعوانه[2]. إلا أن هذه التبعية لا تتفق مع سائر وظائف النيابة العامة فى

---

(١) أورد تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بمجلس الشورى رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ فى تبرير استثناء معاون النيابة، أنه ما يزال يخطو خطواته الباكرة فى العمل القضائى، ولم تتضح بعد أهليته للنهوض بأعباء هذا العمل الشاق.

(٢) Reol Suarez Garcilopez; le ministére public en Espagne, Rev, inter de droit pénal 1963, p. 91 et 92.

القانون المصرى وهى التحقيق الابتدائى، وإصدار الأمر الجنائى[1] لأنهما مرحلتان مهمتان للفصل فى مدى صحة الاتهام. وفيهما يتم فحص التهمة أو اتخاذ بعض الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية وهو أمر يتطلب لدى القائم بها استقلالا كاملا فلا يتلقى تعليمات من أحد بشأن مضمون عمله القضائى الذى يمارسه. فاستقلال النيابة العامة يفترض استقلال أعضائها فى أداء أعمالهم القضائية، لأن الرئاسة الإدارية تفسد مضمون العمل مهما تقيد نطاقها القانونى بحسن أدائه من الناحية التنظيمية. فالتبعية الرئاسية لها أثر نفسى غير محدود، وتحد من قدرة المرءوسين على الاستقلال برأيهم والنأى عن التأثر بتعليمات رؤسائهم فيما يتعلق بمضمون العمل القضائى. وكيف يتطهر المرءوسون من هذا الأثر والسلطة الإدارية للرؤساء قد تنطوى على معانى التبعية والطاعة. كما أن هذه السلطة الرئاسية تملك انتزاع التحقق الابتدائى من يد إلى يد أخرى وفقا لمشيئتها، ولهذا فإن التفتيش القضائى فى النيابة العامة عليه دور كبير فى التحقق من حياد تصرفات أعضاء النيابة العامة.

ويرى البعض أن سلطة وزير العدل على أعضاء النيابة العامة قد تعرض مستقبلهم للخطر فى حالة الانحراف فى استعمال هذه السلطة[2]. ومع ذلك، فيلاحظ أن سلطة الوزير لا تمس مضمون العمل القضائى، وتقتصر على إدارة أعمال النيابة العامة وسرعة التصرف فى القضايا دون التدخل فى مضمون هذا التصرف. كما أن تمتع أعضاء النيابة العامة بضمانات موافقة مجلس القضاء الأعلى فى كل ما يمس نقلهم يحول دون خطر احتمال هذا التحكم.

(١) مع ملاحظة أن سلطة النيابة العامةفى إصدار الأوامر الجنائية لا تتفق مع اشتراط صدور حكم قضائى بالعقوبة، وهو ما سنبينه فيما بعد.

(٢) انظر رياض شمس، الحرية الشخصية، طبعة ١٩٣٤ ص ١٤.

وانظر حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ٢٦ يونية سنة ١٩٥٢ بشأن قضية "Dorly". وكان وزير العدل الفرنسى قد أوقع جزاءا إداريا على أحد المحامين العامين لعدم مباشرته الإجراءات المقررة فى جرائم التلبس بالنسبة إلى بعض الأشخاص ولم يعارض فى الإفراج المؤقت عن بعض الأشخاص المقبوض عليهم. وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بعدم الاختصاص بالطعن فى هذا القرار لأن بحث هذا الموضوع يقتضى بالضرورة فحص الأعمال التى باشرها المحامى العام فى إطار سلطته القضائية عندما كان رئيسا للنيابة العامة وما يتعلق بسير العمل القضائى.

Revue de droit public, p. 173 - 168.

ونرى أن الوزير فى هذا المثال قد تجاوز اختصاصه طالما قرر مجلس الدولة أن مبررات الجزاء الإدارى تمس سير العمل القضائى، لأن سلطة الوزير يجب أن تكون إدارية محضة ولا تتعلق بملاءمة العمل القضائى.

المبحث الثـــانى
حيـــدة القضـــاء

المطـلب الأول
مبـــادئ عامـــة

١٤٦ـ ماهيته

القضاء ميزان للعدل، وتقتضى سلامة هذا الميزان أن يكون مجردا من التأثر بالمصالح أو العواطف الشخصية(١). وقد كفل مبدأ استقلال القضاء حمايته عن التأثير الخارجى من جانب سائر سلطات الدولة لضمان عدم تأثره بغير حكم القانون.

ولكن هذا الاستقلال لا يضمن وحدة سلامة ميزان العدل ما لم يكن حكم القاضى غير خاضع لعوامل التحكم، وهو ما يسمى بالحياد. ولذلك، فإن حيدة القضاء تعد عنصرا مكملا لاستقلاله؛ لأنها تؤكد الثقة فى القضاء. ومن ناحية أخرى، فإن القيمة الموضوعية للقانون تتوقف على تطبيقه المحايد. وقد اضطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن استقلال السلطة القضائية وإن كان لازما لضمان موضوعية الخضوع للقانون، ولحصول من يلوذون به على الترضية القضائية التى يطلبونها عند وقوع عدوان على حقوقهم وحرياتهم، إلا أن حيدتها عنصر فاعل في صون رسالتها لا تقل شأنا عن استقلالها، بما يؤكد تكاملهما (٢).

وقد حرصت المواثيق الدولية على تأكيد مبدأ حيدة القضاء، فنص عليه الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨ (المادة ١٠)، العهد الدولى للحقوق

---

(١) انظر فى الموضوع محمد عصفور، استقلال السلطة القضائية، مجلة القضاة سنة ١٩٦٨ العدد الثالث ص ٣٠٠ وما بعدها.

(٢) دستورية عليا فى ٣ يونية سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ١٥٢ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية».

المدنية والسياسية الصادر سنة ١٩٦٦ (المادة ١٤)، والذى أصبح نافذ المفعول فى ٢٣ مارس سنة ١٩٧٦، والاتفاقية الأوربية الصادرة سنة ١٩٥٠ (المادة ٦). وقد أكد هذا المبدأ المؤتمر الدولى لرجال القانون المنعقد فى نيودلهى سنة ١٩٥٩ إذ قرر بأن القاضى لا يمكنه أن يعمل مطلقا بطريقة تحكمية(١)، كما أكده كل من المؤتمرين السابع والثامن للأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، والمنعقدين فى ميلانو سنة ١٩٨٥ وكوبا سنة ١٩٩٠.

كما أكدت المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية التى أقرتها الأمم المتحدة بقراريها الصادرين في ٢٩/ ١/ ١٩٨٥ و ١٣/ ١٢/ ١٩٨٥ ضرورة أن تفصل السلطة القضائية فى المسائل المعروضة عليها بطريقة محايدة، وعلى ضوء وقائعها ووفقا لأحكام القانون بشأنها مع تجردها من عوامل التأثر والتحريض، وكذلك من كل صور الضغوط أو التهديد أو التدخل غير المشروع - مباشرا كان أو غير مباشر - وأيا كان مصدرها أو سببها(٢).

وقد نص الدستور المصرى فى المادة ١٦٦ على أنه لا سلطان على القضاة فى قضائهم لغير القانون، وهذا المبدأ الأخير لا يحمى فقط استقلال القاضى، بل يحول دون أن يكون العمل القضائى وليد نزعة شخصية غير متجردة، ومن ثم تكون حيدة القاضى شرطا لازما دستوريا لضمان ألا يخضع فى عمله لغير سلطان القانون(٣).

ويتوافر الحياد بوجه عام بالقدرة على التقدير والحكم على الأمور دون التحيز مسبقا لصالح أو فى غير صالح شخص معين تتعلق به هذه الأمور. واختيار القضاء لكى يكون حارسا للحريات يعتمد على صفة الحياد التى هى عماد كيانه ووجوده وحقيقته. فبالحياد يمارس القاضى إجراءاته ويضع حكمه بغض النظر عن أطراف الخصومة، لا يعتمد فى قضائه على غير ما يطرح عليه من أدلة، وعلى غير ما يقرره القانون. فميزان العدالة يهتز اهتزازا بالغًا إذا اعتمد القاضى فى حكمه على اعتبارات غير موضوعية تتعلق به أو بالخصوم أو غيرهم - تعاطفا أو كرها، تحيزا أو

---

(1) Commission international de juristes; Primauté de droits et droits de l'homme Gènéve, 1966, p. 36.

(٢) حقوق الإنسان - مجموعة صكوك دولية - مركز حقوق الإنسان - الأمم المتحدة - نيويورك ١٩٨٨ ص ٢٤٨.

(٣) دستورية عليا فى ٣ يونية سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ١٥٢ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية».

تحكما، لا على عناصر الدعوى وحكم القانون. ومن هنا، كان حياد القضاء حقا من حقوق الإنسان ومبدأ أساسيا من مبادئ القانون.

وقد تكفل قانون السلطة القضائية وقانون المرافعات بوضع الضمانات العامة لحياد القضاء فى جميع أنواع الخصومة القضائية(١).

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة ٩٨ من قانون السلطة القضائية التى أجازت لمن سبق له الاشتراك فى طلب إحالة القاضى إلى المعاش أو رفع الدعوى التأديبية أن يجلس فى هيئة مجلس التأديب(٢).

ولا يقتصر الأمر على ضمان حياد القاضى فى مواجهة جهات التحقيق، بل يتطلب هذا الحياد ألا يفصل فى الدعوى التى كوّن رأيا فيها من خلال أية دعوى أخرى. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستورية الإيطالية بعدم دستورية نص يسمح للقاضى بالاشتراك فى نظر الدعوى إذا كان قد شارك فى إصدار حكم سابق يتعلق بوجه خاص بالمتهم بشأن الوقائع التى ينظرها. وقد لاحظت المحكمة الدستورية الإيطالية فى هذه القضية أن التعارض الذى يفقد القاضى حياده يطرأ فى حالة وجود تعدد مادى بين الجرائم مما لا يجوز معه للقاضى أن يفصل فى كل من الدعاوى المتعلقة بالجرائم المكونة لهذا التعدد المادى. وقالت المحكمة الدستورية الإيطالية إن النص على جواز أن يفصل القاضى فى هذه الدعوى يعد مخالفا لمبدأ عدم جواز محاكمة المتهم عن ذات الواقعة أكثر من مرة بأحكام متتابعة بواسطة ذات القاضى، الأمر الذى يعتبر فى ذاته انتهاكا لضمان المحاكمة المنصفة (الذى

---

(١) كل متقاض يجب أن يطمئن إلى أن قضاء قاضيه لا يصدر إلا عن الحق وحده دون تأثير من دخائل النفس البشرية فى هواها وتحيزها، وقد وازن المشرع - بالنصوص التى نظم بها رد القضاة - بين أمرين: أولهما: ألا يفصل فى الدعوى - وأيا كان موضوعها - قضاة داخلتهم شبهة تقوم بها مظنة ممالأة أحد أطرافها والتأثير بالتالى فى حيدتهم، ثانيا: ألا يكون رد القضاة مدخلا للتشهير بهم دون حق، أو لمنعهم من نظر قضايا بذواتها توقيا للفصل فيها كيدا ولددا (دستورية عليا فى ٣ يونية سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ١٥٢ سنة ٢٠ قضائية «دستورية» وقد قضى بأن النص الذى يختص رجلا القضاء بإصدار أوامر تقدير الرسم المفروض به، ونظر دعاوى المعارضة فى تقديره، والفصل فيه لا يجرد القضاة من حيادهم بدعوى مصلحتهم بسبب انتفاعه بخدمات الصندوق المخصصة له حصيلة ذلك الرسم، على أساس أن الدولة الفارضة للرسم من ناحية - والملزم بأدائه من ناحية أخرى - يكونان إزاءه طرفى علاقة قانونية أقامها النص الطعين ويكون رجال القضاء أغيارا عن هذه العلاقة (دستورية عليا ٣ يونية ٢٠٠٠، سابق الذكر).

(٢) دستورية عليا فى ٩ سبتمبر سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ١٥ لسنة ٢١ قضائية «دستورية».

استخلصته المحكمة الدستورية الإيطالية من الدستور قبل النص عليه صراحة فى المادة ١١١ من الدستور الإيطالى بعد تعديله فى نوفمبر سنة ١٩٩٩)[١].

ويهمنا فى هذا المقام تحديد ضمانات حيدة القضاء فى الإجراءات الجنائية، ونبدأ ببيان حياد النيابة العامة بوصفها جزءا من السلطة القضائية.

١٤٧ـ حياد النيابة العامة

رأينا أن النيابة العامة تتمتع باستقلال القضاء، وتتمتع كذلك بحياده تأكيدا للثقة فى أعمالها بحكم وظيفتها فى الدولة القانونية، ويتطلب هذا الحياد أن تكون المصلحة العامة عماد عملها، وتكفل من خلال ذلك حماية الحقوق والحريات سواء كانت للمتهم أو للمجنى عليه. وقد أكد المؤتمر الثامن للأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين أن ممارسة النيابة العامة للدعوى العمومية يجب أن تكفل حماية فعالة للمواطنين ضد الجريمة، وكفالة وجود نظام محايد وعادل للعدالة الجنائية.

وقد تتطلب المصلحة العامة مراعاة الملاءمة فى رفع الدعوى الجنائية أو عدم رفعها، فهى صاحبة القرار فى هذا الشأن لا يحدوها فى ذلك غير الصالح العام[٢]. وعند اتخاذ هذا القرار توفق بين أمرين، هما: الحماية الفعالة للمواطنين ضد الجريمة، وحسن إدارة نظام العدالة الجنائية. ولكى يتم تجنب الإضرار بمصالح المجنى عليه إذا ما رأت النيابة العامة عدم رفع الدعوى الجنائية اتجهت التشريعات إلى تخويله حق الطعن على هذا القرار أمام القضاء.

١٤٨ـ مبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائى

تتمثل ضمانات حيدة القضاء فى الإجراءات الجنائية أساسا فى توزيع وظائف القضاء الجنائى وعدم جمعها فى وظيفة واحدة. فالأصل هو الفصل بين وظائف

---

(١) Annuaire Internatinal de jurisprvdence constitutionnelle, 1999, p. 712-714.

(٢) وقد لوحظ أنه على الرغم من أن القانون الإيطالى يلزم النيابة العامة برفع الدعوى الجنائية دون مراعاة لاعتبارات الملاءمة، إلا أن النيابة العامة مارست سلطة الملاءمة فى رفع الدعوى أو عدم رفعها من الناحية العملية. انظر:

(Giuseppe Di Federico, Prosecutorial independence and the democratic requirement of accourtability in Italy (Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari, op. cit., p. 12 et s).

القضاء الجنائى للحيلولة دون التحيز . وقد قيل فى هذا المعنى ، إنه فى المسألة الجنائية إذا توقف كل شىء على شخص واحد يملك وحده الحق فى الاتهام وجمع الأدلة وتقديرها والفصل فيما ينسب إلى المتهم ، فإنه من الواضح أن هذا الشخص يملك الإضرار بالمتهم أو الحكم لصالحه متى شاء ذلك . ومن هنا ، فإن مبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائى هو ضمان لحياد القضاء الجنائى[١] .

وقد اعتبر البعض الفصل بين وظائف القضاء الجنائى أشبه بالفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية[٢] . وواقع الأمر ، فقد ذهب مونتسيكو إلى أن اعتدال السلطة مكفول بالفصل بين فروعها الثلاثة : السلطة التنفيذية ، والسلطة التشريعية ، وسلطة الحكم ، وأن السلطة تقيد السلطة[٣] .

وقد ذهب البعض[٤] إلى استبدال مبدأ استقلال جهات القضاء الجنائى بمبدأ استقلال وظائف القضاء الجنائى ، وذلك على أساس أن أهمية هذا الاستقلال تبدو فى أن تتولى جهات متنوعة نظر ا لدعوى منعًا لشبهة التحكم أو التحيز .

ولاشك فى أن ضمان الحياد الكامل للقضاء يفترض استقلال كل جهة تباشر إحدى هذه الوظائف عن الأخرى . فالنيابة العامة تحرك الدعوى الجنائية قبل المتهم ، وتتولى وظيفة التحقيق جمع الأدلة وتقدير مدى توافرها ضد المتهم ، بينما تقوم المحكمة بالبحث عن الحقيقة المطلقة والفصل فى الدعوى الجنائية فى ضوء ما تتوصل إليه ؛ فتقضى بالإدانة إذا توافر لديها اليقين القضائى ، وتقضى بالبراءة إذا تسرب إليها لاشك . ولاشك فى أن استقلال أداء كل من هذه الوظائف عن الأخرى لا يكفل حياد القائمين عليها بضمان تأثرهم بموقفهم عند أداء وظيفة أخرى غير التى يختص بمباشرتها أصلا . هذا إلى أن استقلال هذه الوظائف يضمن رقابة كل منها على أعمال الأخرى ، مما يفيد فى كشف الأخطاء ومحاولة تفادى العيوب . وهو ما يتفق مع النظر إلى القضاء كضمان لحماية الحقوق والحريات ، لأنها سوف تتعرض للخطر الجسيم إن هى تركت لتقدير جهة واحدة تركا مطلقا[٥] .

---

(١) انظر : Damien Roets, Impartialité et justice pénale, Éditions cujas, 1997, p. 41.

(٢) Pradel; Droit pénal comparé, Dalloz, 1995, No.72.

(٣) انظر : Merle et Vitu, (Procédure pénale), T.2, op. cit., No. 989

(٤) Rassat, Procédure pénale, PUF, 2 ème éd., 1995, No.29.

(٥) انظر : Thierry Renaux, op. cit., p. 423.

وفى نطاق نظام التحرى والتنقيب فى العصور الوسطى لم يكن معروفا مبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائى ، فقد كان القاضى يملك تحريك الدعوى الجنائية فى أحوال التلبس أو بناء على شكوى أو بلاغ المجنى عليه . وفى هذه الحالة ، يقوم القاضى من تلقاء نفسه بدور الادعاء ، تطبيقا لمبدأ مقرر فى هذا النظام هو أن «كل قاض هو مدع عام» . ففى القانون الفرنسى القديم كان القاضى يباشر التحقيق الابتدائى فى ذات الدعوى تحت ستار الحرية التامة ثم يفصل فى الدعوى بناء على التحقيق الذى يجريه(١) . فإذا نظره قاض آخر ، فإنه يبنى حكمه بعد الاطلاع على أعمال التحقيق الابتدائى التى تعكس بطبيعة الحال الموقف المتحيز لقاضى التحقيق على طلبات الادعاء والمجنى عليه وسماع أقوال المتهم(٢) .

١٤٩ ـ القيمة الدستورية لمبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائى

لم يحسم المجلس الدستورى فى فرنسا هذه المشكلة صراحة ، إلا أنه أكد أن مبدأ احترام حقوق الدفاع ـ الذى يعد من المبادئ الدستورية ـ يتضمن الفصل بين السلطات القائمة على الدعوى الجنائية وسلطات الحكم ، لأن الفصل بين كل من هذه السلطات يؤدى إلى حماية الحريات الفردية(٣) .

ومن ناحية أخرى ، فقد ذهبت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان إلى وجود تطابق شبه كامل بين المحكمة المحايدة وبين احترام الفصل بين السلطات ، أو بعبارة أخرى ، بين الحياد الإيجابى والحياد المتعلق بالبناء الشكلى للسلطة "Structurelle"(٤) .

وذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تأكيد عدم جواز الجمع بين وظيفة الاتهام ووظيفة الحكم تأسيسا على المادة ٦ من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان ، وعلى أن

---

(١) وكان يسمى هنا القاضى الذى يجمع بين التحقيق والاتهام Le lieutenant criminel

(٢) انظر :

C. Bergoignance - Espen, La separation des fonctions de justice repressive; Travaux et recherches de l'université de droit, de l'économie et de sciences sociales de Paris, P.U.F., 1973, pp. 13 et14.

(٣) Déc. No. 95 - 360 Dc. T.O. 7 Fév. 1995, p.2098, 5e cons.

(٤) انظر: Koering - Joulin "La notion européenne de tribunal indépendant et impartial" au sens de l'article 6 - 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme, Rev. Sc. Crim. 1990, pp. 765 et s. , pp. 77 et s.

من حق أي شخص أن يحاكم أمام محكمة مستقلة ومحايدة وهو ما لم يتوافر إذا اشترك فى الحكم قاض مارس فى الدعوى عملان من أعمال النيابة العامة[1].

وفى مصر، أكدت المحكمة الدستورية العليا أن مبدأ الفصل بين وظائف القضاء يرتكز على مبدأ حياد القضاء، فقضت بعدم دستورية نص المادة ٢٥ من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة الصادر بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ الذى سمح لرئيس هيئة قضايا الدولة أن يرأس لجنة التأديب والتظلمات رغم اختصاصه بطلب رفع الدعوى من وزير العدل تأسيسا على أنه لا يجوز لجهة التحقيق ولا لسلطة الاتهام، أن تتصل بالجهة القضائية التى عهد إليها المشرع بمهمة الفصل فى الخصومة التأديبية، فلا يباشر عملا فيها متى كان قائما بالتحقيق الذى أفضى إليها. ضمانا لحيدتها وتوافر الأسس الموضوعية لقراراتها[2].

ويسرى هذا المبدأ بطبيعة الحال على القضاء الجنائى، وخاصة مع ما قضت به المحكمة الدستورية العليا من توافر معنى العقوبة فى الجزاء التأديبى.

وهذا الذى قضت به المحكمة الدستورية العليا بشأن القيمة الدستورية لمبدأ الفصل بين كل من جهتى التحقيق والاتهام، وبين جهة الحكم من ناحية أخرى، يتفق مع ما سبق أن قرره المجلس الدستورى الفرنسى فى هذا الشأن، رغم اختلاف تأصيل المبدأ، فبينما أسسته المحكمة الدستورية العليا فى مصر على مبدأ حياد القضاء، أسسه المجلس الدستورى الفرنسى على حقوق الدفاع.

وفيما يأتى نعرض لمظاهر الفصل بين وظائف القضاء الجنائى.

---

(١) Crim. 26 Avr. 1990, Bull No. 162.

(٢) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ مارس سنة ١٩٩٨ (العدد ١٢).

المطلب الثـانى
الفصل بين وظيفتى الاتهام والتحقيق الابتدائى

١٥٠ـ مدى حتمـية مرحلـة التحقيـق الابتدائى

لعل المشكلة الأولى التى يثيرها هذا الموضوع هى فى مدى حتمية مرحلة التحقيق الابتدائى لضمان الحرية الشخصية فى الإجراءات الجنائية . وذهب البعض[١] بأن هذه المرحلة التى نشأت مع نظام التحرى والتنقيب ، ساهمت بكل تأكيد فى تحسين ضمان حقوق المتهم ، وأن قاضى التحقيق ـ بكل ما يملكه من استقلال وحياد ـ يهيمن على الإجراءات السابقة على المحاكمة فهو الذى يجمع الأدلة ، وهو الذى يحيل الدعوى أمام المحكمة أويأمر بألا وجه لإقامة الدعوى فى ضوء تقييمه لهذه الأدلة . هذا بالإضافة إلى أنه فى النظام الاتهامى ـ الذى يخلو من مرحلة التحقيق الابتدائى ـ يبدو الدفاع ـ وهو لا يملك السلطة الواسعة التى يمارسها قاضى التحقيق ـ فى وضع ضعيف أمام الاتهام ، مما يثير التساؤل عن مدى أهمية مرحلة التحقيق الابتدائى كضمان أساسى فى الإجراءات الجنائية لما تتيحه هذه المرحلة من فرصة لجمع الأدلة وتحقيق دفاع المتهم .

وقد بحث المجلس الدستورى الفرنسى[٢] مدى دستورية إحالة الدعوى مباشرة إلى المحكمة ـ فى الجنح ـ دون المرور بمرحلة التحقيق الابتدائى ، وقرر المجلس أنه إذا كان الدستور يتطلب للمساس بالحرية الشخصية أن يتم فقط بواسطة قرار يصدر من قاضى الحكم ، فإنه لا أهمية فى الجنح ـ أن تتوافر مرحلة للتحقيق الابتدائى تسبق الحكم .

---

(١) انظر : Thierry renaux, op. cit., p. 346, 437.

(٢) قرار المجلس الدستورى الفرنسى فى ١٩ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨٢ .

(No. 80 - 127 Dc du19 et 20 Janvier (Securité et liberté, Recueil juris. constit (1959 - 1993), p. 91).

وبالنسبة إلى الدستور المصرى، فقد نصت المادة ٦٦ منه على أنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى. كما نصت المادة ٤١ من الدستور على أن الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص، أو النيابة العامة. وذلك وفقا لأحكام القانون.

ومفاد ما تقدم أن الإجراء الماس بالحرية لا يكون إلا عندما يقتضى التحقيق ذلك. فالتحقيق الابتدائى مشروط بحكم الدستور عند مباشرة إجراءات ماسة بالحرية الشخصية. وطالما أنه لا عقوبة بغير حكم قضائى، فإن الضمان القضائى متوافر إذا أحيلت الدعوى للمحكمة بغير تحقيق ابتدائى. على أنه إذا كانت الإجراءات الماسة بالحرية متوقفة على مباشرة التحقيق الابتدائى، فإن هذا التحقيق فيما يحتويه من إجراءات لكشف الحقيقة يعد خطوة مهمة فى الخصومة الجنائية، إلا أن قانون الإجراءات الجنائية المصرى لم يتطلب أن يجرى فى هذه الخصومة تحقيق ابتدائى إلا فى مواد الجنايات دون الجنح والمخالفات؛ فللنيابة العامة أن تعتمد فى تحريك الدعوى الجنائية على محضر الاستدلالات وحده.

١٥١ـ مدى اشتراط أن ينهض قاض بالتحقيق الابتدائى

أما المشكلة الثانية فتدور حول مدى اشتراط أن ينهض بمرحلة التحقيق الابتدائى قاض للتحقيق لحماية الحرية الشخصية التى تمسها إجراءات التحقيق. وقد اختلفت النظم القانونية فى هذا الشأن، فاتجه البعض إلى تخويل النيابة العامة وظيفة التحقيق الابتدائى، بينما اتجه البعض الآخر إلى تخصيص قاض للتحقيق للقيام بهذه الوظيفة.

وقد اعتنق الاتجاه الثانى عدد من قوانين الإجراءات الجنائية مثل القانون الفرنسى[1]، والقانون الألمانى، والقانون الإيطالى.

---

(١) قدمت لجنة الإصلاح القضائى بفرنسا برئاسة (دونديه دى فابر) مشروعا سنة ١٩٤٩ يخول النيابة العامة سلطة التحقيق الابتدائى عدا الأوامر المتعلقة بحرية المتهم وأوامر التصرف فى التحقيق فتكون من اختصاص قاضى التحقيق. وقد بررت هذا المشروع بأن إجراءات التحقيق التى تختص بها النيابة العامةتعتبر من أعمال الضبط القضائى التى تتبع السلطة التنفيذية باعتبار أنها تختص بالمحافظة على =

ومع ذلك، فإن كلا من هذين الاتجاهين قد راعى أهمية توافر الضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية. فقد حرص الاتجاه الأول، الذى لا يفصل بين الوظيفتين على الرجوع إلى القاضى فى بعض الحالات المهمة. مثال ذلك، أن قانون الإجراءات الجنائية اليابانى أوجب على النيابة العامة الرجوع إلى القاضى فى بعض الإجراءات المهمة كالقبض والحبس الاحتياطى (انظر المادتين ٢٠٥ و ٢١٨ من القانون الصادر سنة ١٩٤٨). وأيضا فإن القانون المصرى بعد أن منح النيابة العامة سلطة التحقيق الابتدائى فى مواد الجنح طبقا للمادة ١٩٩ إجراءات المعدلة بالمرسوم بقانون رقم ٣٥٣ سنة ١٩٥٢، أجاز ندب قاض لمباشرة التحقيق الابتدائى بقرار من رئيس المحكمة وذلك بناء على طلب النيابة العامة أو المتهم أو المدعى بالحقوق المدنية. أو بناء على طلب وزير العدل (وفى هذه الحالة يكون قاضى التحقيق بدرجة مستشار وتختاره الجمعية العامة لمحكمة الاستئناف) (المادتان ٦٤ و ٦٥) إجراءات. ولمحكمة الجنايات عند مباشرة حق التصدي طبقا للمادة ١١/ ٢٩١ إجراءات أن تنتدب أحد أعضائها للقيام بإجراءات التحقيق، فى هذه الحالة تسرى على العضو المنتدب جميع الأحكام الخاصة بقاضى التحقيق. ويسرى هذا النص على التصدى الذى تباشره الدائرة الجنائية بمحكمة النقض عند نظر الموضوع (المادتان ١٢ و١٣ إجراءات).

ومن ناحية أخرى، فقد أوجب قانون الإجراءات الجنائية موافقة القاضى الجزئى على اتخاذ بعض إجراءات التحقيق وهى مد الحبس الاحتياطى (المادة ٢٠٢)، واستئذانه قبل تفتيش غير المتهم أو منزل غير منزله أو ضبط الخطابات ونحوها فى مكاتب البريد وضبط البرقيات فى مكاتب البرق ومراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية وتسجيل المحادثات التى تجرى فى مكان خاص (المادة ٢٠٦). وأوجب

= النظام بما يخولها سلطة البحث عن الدليل وتوجيه الاتهام. هذا بخلاف الأوامر التى تسند إلى قضاة التحقيق فإنها تصدر عن ضميره القضائى. ولكن هذا المشروع لم يصمد للنقد. فشكلت الحكومة لجنة أخرى أخذت بنظام الفصل بين السلطتين بغض النظر عن الاعتبارات العملية التى كانت وراء المشروع. والواقع لا صحة للقول بأن إجراءات التحقيق التى تختص بها النيابة تعد من أعمال الضبط القضائى وأنها تنبع من واجب السلطة التنفيذية فى المحافظة على النظام. فالتحقيق الابتدائى عمل قضائى لأنه يبحث فى مدى صحة الادعاء، وهذا البحث يدخل فى صميم اختصاص السلطة القضائية بوصفه مرحلة لازمة للفصل فى الدعوى. والعبرة فى تكييف إجراء التحقيق يكون بالنظر إلى جوهره لا إلى صفة القائم به، فما هذا الضمان إلا ضمان لحياد ممارسة الإجراء بالنظر إلى

عليها الرجوع إلى محكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة المشورة لمد الحبس الاحتياطى مدة تزيد عما قُرر للقاضى الجزئى (المادة ١٤٣). ويذكر أن المشرع المصرى قد برر إسباغ الحصانة القضائية على رجال النيابة العامة بمقتضى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية. بما أورده فى مذكرته الإيضاحية من أن النيابة العامة شعبة أصيلة من السلطة القضائية، تضطلع بمهام قضائية فى مجال الدعوى الجنائية.

أما الاتجاه الثانى الذى يقرر الفصل بين الوظيفتين فقد استند فى ذلك إلى الضمان القضائى الذى يجب أن يتوافر فى إجراءات التحقيق نظرا لمساسها بالحرية الشخصية. مثال ذلك، قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى، فقد أسند التحقيق الابتدائى إلى قاض من قضاة المحكمة يختص فقط بالتحقيق الابتدائى[1].

ومن ناحية أخرى فإن قانون الإجراءات الفرنسى كان قد سمح لقاضى التحقيق أن يتخذ بعض إجراءات الاستدلال فى حالة التلبس(المادة ٧٢). إلا أن هذا الاختصاص ألغى بتعديل ٢٣ يونية سنة ١٩٩٩، ففقد بذلك قاضى التحقيق سلطته فى القيام بأعمال الاستدلالات فى حالة التلبس.

وقد قيل تبريرا لهذا الاتجاه بأن الوضع القضائى للقاضى يجعله أكثر قدرة على جمع الدليل وتقديره، وأن يقرر - بكل ما يملكه من حياد - ما إذا كان المتهم يستحق

---

(١) وقد مر نظام قاضى التحقيق فى فرنسا بعدة مراحل على النحو الآتى:
(أ) فى عام ١٨٠٨ كان قاضى التحقيق خاضعا لأوامر النيابة العامة دون أن يملك أدنى وظيفة قضائية، فكان فى حقيقته مجرد محقق «enquêteur» وكانت تتولى التحقيق دائرة بمحكمة الجنح يشترط فى عضويتها ما سمى بقاضى التحقيق. (ب) وطبقا لقانون ١٧ يوليو سنة ١٨٥٦ أسندت اختصاصات دائرة محكمة الجنح إلى قاضى التحقيق، فأصبح يمارس وظيفة قضائية. (جـ) ومنذ العمل بقانون الإجراءات الجنائية سنة ١٩٥٨ ألغيت تبعية قاضى التحقيق للنيابة العامة، وأصبح قاضى التحقيق هو أحد قضاة الحكم، وأصبح قاضى التحقيق خاضعا لرقابة غرفة الاتهام وهى إحدى دوائر محكمة الاستئناف. (د) واعتبارا من القانون رقم ١٣٨ الصادر فى ١٦ يونيو سنة ٢٠٠٠ بتعديل قانون الإجراءات سحبت اختصاصات الحبس الاحتياطى والإفراج عن المتهم من اختصاص قاضى التحقيق، وأعطيت لقاض سمى بقاضى الحريات والحبس «juge des libertés et de la détention»، وهو أحد قضاة الحكم بدرجة رئيس أو نائب أول رئيس أو رئيس (المادة ١٣٧/ ١ إجراءات فرنسى بعد تعديلها)، واقتصر اختصاص قاضى التحقيق على فرض الرقابة القضائية «contrôle judiciaire» - كبديل عن الحبس الاحتياطى - على المتهم(المادة ١٣٧/ ١ إجراءات فرنسى بعد تعديلها).

الإحالة إلى المحاكمة أم لا ، وبأن الحرية الشخصية سوف تتعرض للخطر إذا لم يباشر التحقيق قاض[1].

وقد اعترض على هذا الرأى[2] بأن جميع إجراءات التحقيق قد لا يمارسها قاضى التحقيق بنفسه، بل قد يندب مأمور الضبط القضائى لاتخاذ بعضها، كما أن تقديره للدليل ليس نهائيا، بل يخضع لرقابة غرفة الاتهام - فى فرنسا - كما أن للمحكمة أن تقرر استكمال إجراءات التحقيق وأن تعهد إلى أحد أعضائها بالقيام بهذه المهمة. وقد رد على هذا الاعتراض بأن بعض إجراءات التحقيق مقصورة على قاضى التحقيق وحده، وهى الإجراءات الماسة بالحرية واستجواب المتهم ولا يجوز له أن يندب غيره لاتخاذها. ومع ذلك، فقد رأينا كيف أن المجلس الدستورى الفرنسى قد قرر بأن عدم تدخل قاضى التحقيق لا يؤدى إلى عدم دستورية النص طالما أن تقدير الدليل يتم بواسطة قاضى الحكم وطالما أن أى إجراء ماس بالحرية لا يتخذه غير القاضى[3].

والواقع من الأمر أن نظام قاضى التحقيق قد أثار جدلا كبيرا فى فرنسا. فقد عنى Pierre Truche الرئيس الأول لمحكمة النقض الفرنسية عند مغادرته منصبه بعد بلوغه السن القانونية بالتعبير عن أمله فى أن يختفى قاضى التحقيق، وطالب بأن يعهد بالتحقيق الابتدائى إلى أحد أعضاء النيابة العامة بشرط تعديل نظامها الأساسى حتى يصبح بمثابة قاض حقيقى يختاره المجلس الأعلى للقضاء، وأضاف قائلا بأنه لا يقبل أن يعهد إلى القضاة بالتحقيق وبالحكم[4]. ونادى البعض بما أسماه بإلغاء الشيزوفرينيا (انفصام الشخصية) إذ لا يمكن للشخص أن يكون قاضيا ويسند إليه بوظيفة التحقيق الابتدائى[5]. ونادى البعض[6] بعدم جواز أن يجمع قاضى التحقيق بين وظيفة التحقيق الابتدائى وسلطة القضاء فى المسائل المتعلقة

---

(١) انظر: Merle et Vitu; Traité de droit criminel, Tome 11, 1979, No.251, p. 354

(٢) انظر: Thierry Renaux, op. cit., p. 441.

(٣) Déc. no. 80-127 Dc des 19 et 20 Janvier 1981, Rec., p. 15.

(٤) انظر حديثه المنشور فى جريدة الفيجارو بتاريخ ٢٨ يونية سنة ١٩٩٩ ص ٩، وقد أشار إليه Serge Guinchard et Jacques Buisson, op. cit., p. 564.

(٥) François Guichard, in Les juges parlent de Laurent Greiselmer et Daniel Schneidermenn, Fayard, 1992, p. 184.

(٦) انظر هذا الرأى مشارا إليه فى Serge Guinchard et Jacques Buisson, op cit , p. 564.

بحرية المتهم. وتساءل البعض عن جدوى الحاجة إلى قاض للتحقيق إذا تم الفصل بين وظيفة التحقيق والفصل فى المسائل المتعلقة بحرية المتهم، وتساءل عن علة عدم منح النيابة العامة سلطة التحقيق كاملة مع تخويل قضاة المحكمة سلطة الرقابة على الأعمال المقيدة للحرية مثل التفتيش والضبط وأكد عدم الحاجة إلى جهاز متخصص للتحقيق الابتدائى، وطالب بالاكتفاء بجهازين قضائيين هما النيابة العامة وقاضى الحكم، فيتولى الأول مهمة التحقيق بما فى ذلك الإجراءات المقيدة للحرية، على أن يعهد إلى قاضى المحكمة سلطة اتخاذ بعض الإجراءات المقيدة للحرية التى تبلغ حدا معينا من الجسامة، مثل الحبس الاحتياطى، ومد مدة القبض على المتهم[1].

ولا شك أن هذا التساؤل قد زادت حدته بعد تعديل قانون الإجراءات الجنائية بالقانون رقم ١٣٨ الصادر فى ١٦ يونية سنة ٢٠٠٠ الذى عدل المادة ١٣٧ فنص على بقاء المتهم طليق السراح وعدم اختصاص قاضى التحقيق إلا بفرض أحد أو بعض التزامات المراقبة القضائية «contrôle judiciaire» على المتهم إذا أملت ذلك ضرورات التحقيق أو المحافظة على الأمن، على أن يختص قاض آخر يطلق عليه قاضى الحريات والحبس «juge des libertés et de la détention» بإصدار أوامر الحبس الاحتياطى. وهذا القاضى هو أحد قضاة المحكمة بدرجة رئيس أو نائب أول أو نائب رئيس، ويحظر عليه الاشتراك فى الحكم فى الدعوى التى يتخذ فيها أمر الحبس الاحتياطى (المادة ١٣٧/ ١ معدلة).

١٥٢ - تأكيد الضمان القضائى فى التحقيق الابتدائى

وواقع الأمر، أن الحماية الدستورية للحقوق والحريات ترتبط بالضمان القضائى كما نص عليه الدستور. فإذا رجعنا إلى الدستور المصرى نجد أنه قد ساوى بين القاضى والنيابة العامة فيما يتعلق بحق اتخاذ الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية كالقبض والتفتيش والحبس أو تقييد الحرية بأى قيد أو منع التنقل. وهو ما يكشف فى ذاته أن الدستور لم يحتم إيجاد قاض للتحقيق. وقد تأكدت الطبيعة القضائية للنيابة العامة فيما نصت عليه المادة ٧٠ من الدستور من أنه لا تقام الدعوى الجنائية إلا بأمر من جهة قضائية، هو ما يعنى وصف النيابة العامة بالجهة القضائية. وقد

---

(١) المرجع السابق ص ٥٦٥.

تأكد هذا الأمر بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية فيما تضمنه من إسباغ الحصانة القضائية على أعضاء النيابة العامة (المادة ٦٧). وواقع الأمر، إذا رجعنا إلى العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية (١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٦). نجد أنه قد نص فى المادة ٩/ ٣ على أن كل شخص مقبوض عليه أو محبوس بناء على تهمة جنائية يجب تقديمه أمام قاض أو موظف آخر خوله القانون ممارسة سلطة قضائية (تقابل المادة ٥/ ٣ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان). ولا شك فى أن المساواة بين القاضى وبين من خوله القانون ممارسة سلطة قضائية يخفف من حدة تخويل النيابة العامة سلطة قاضى التحقيق، طالما أن المساواة بين القاضى وبين من خوله القانون ممارسة سلطة قضائية فى اتخاذ الإجراءات المقيدة للحرية قد سمح بها العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية الذى صدقت عليه مصر سنة ١٩٨١، وهو محض اتفاقية دولية لها قوة القانون. ولهذا أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على أن النيابة العامة قد خولها القانون سلطة قضائية[(١)].

ولا شك فى أنه مما يدعم اختصاص النيابة العامة بالتحقيق أن قانون الإجراءات الجنائية لم يطلق سلطة النيابة العامة فى القبض والحبس الاحتياطى، بل أوجب الرجوع إلى القاضى الجزئى أو إلى محكمة الجنح المستأنفة، أو المحكمة المختصة حسب الأحوال (المواد ١٤٣ و٢٠١ و٢٠٢ و٢٠٣)، فضلا عن استئذان القاضى فى بعض إجراءات التحقيق الماسة بالحرية (تفتيش غير المتهم أو منزل غير منزله، وضبط المراسلات ومراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية وتسجيل المحادثات الشخصية) (المادة ٢٠٦/ ١ و٢ و٣).

هذا، وقد كان قانون تحقيق الجنايات الصادر سنة ١٨٨٣ يجعل التحقيق من وظيفة قاضى التحقيق، فكان له أن يأمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة سواء فى المخالفات أو الجنح أو الجنايات (المواد ١١٣ إلى ١١٦) ولما خولت النيابة العامة سلطة التحقيق الابتدائى صار لها أن تحيل الدعوى إلى المحكمة فى المخالفات والجنح والجنايات على السواء (المادتان ١٤ و ١٦) من دكريتو ٢٨ مايو سنة ١٨٩٥. واستمرت النيابة العامة فى مزاولة هذا الاختصاص بعد صدور قانون تحقيق الجنايات سنة ١٩٠٤ الذى أبقى للنيابة سلطة التحقيق (المادتان ٤٢ و ٤٣). ثم صدر

---

(١) CEDH, 4 Déc. 1979, Schiesser c/suisse Série A, no. 34, 828.

قانون تشكيل محاكم الجنايات فى ٢١ يناير سنة ١٩٠٥ وقرر الفصل بين سلطتى النيابة العامة فى التحقيق والإحالة فى الجنايات فقط، إذ نصت المادة ٩ من هذا القانون على وجوب أن تقدم النيابة الدعوى إلى قاضى إحالة قبل تقديمها لمحكمة الجنايات. ويختص هذا القاضى إما بإحالتها إلى محكمة الجنايات أو بالتقرير بأن لا وجه لإقامتها، ثم صدر قانون الإجراءات الجنائية ١٩٩٠ فأسند التحقيق الابتدائى إلى قاضى التحقيق وأسند الإحالة فى الجنايات إلى غرفة الاتهام وهى وجهة قضائية تتكون من ثلاثة قضاة. وعلى هذا النحو ضاعف هذا القانون من فكرة الضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية فى مواد الجنايات فلم يقتصر على مجرد جعل التحقيق من قاضى التحقيق، بل أوجب أن تكون إحالة هذا النوع من الجرائم إلى محكمة الجنايات بواسطة جهة قضائية أوفر ضمانا، ثم صدر قانون رقم ٣٥٣ سنة ١٩٥٢ الذى جعل التحقيق - بحسب الأصل - من اختصاص النيابة العامة وأبقى على غرفة الاتهام كقضاء للإحالة. وأصبحت الغرفة منذ ذلك الحين تباشر الإشراف القضائى على الإجراءات عند التصرف فى التحقيق فى الجنايات. وعلى هذا النحو أصبح قضاء الإحالة فى الجنايات يعوض بعض النقص الذى شاب القانون المصرى عندما أسند التحقيق الابتدائى إلى النيابة العامة، ثم ما لبثت بعض الصيحات أن ارتفعت لمحاولة المساس بهذا الضمان القضائى عن طريق المناداة بإلغاء غرفة الاتهام بدعوى عدم فائدتها وتعطيلها للإجراءات[1]. إلا أن الرأى المعارض كان أكثر قوة وفهما لأهمية الإشراف القضائى على الإجراءات، وخاصة فى مرحلة الإحالة إلى محكمة الجنايات، فانتصرت حجته وبقى قضاء الإحالة[2]. ولكن

---

(١) وأهم الحجج التى اعتمد عليها هذا الرأى، أن الإحصاءات قد دلت على أن عدد الجنايات التى قررت غرفة الاتهام بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية فيها لم يزد على نسبة ضئيلة جدا، وأن كثيرا من القضايا التى أحالتها غرفة الاتهام إلى محاكم الجنايات صدرت فيها أحكام بالبراءة مما يفيد أن غرفة الاتهام تتهيب التقرير بعدم وجود وجه وتؤثر ترك الدعوى الجنائية لمحكمة الجنايات، وأن الفائدة من وجود هذه الغرفة لا تتناسب مع ما يترتب عليها من تأخير الفصل فى الدعاوى. (انظر مقالنا، مستشار الإحالة، المجلة الجنائية القومية، المجلد الخامس - العدد الثانى سنة ١٩٦٢ ص ٢٤٢، ٢٤٣ سنة ١٩٦٢).

(٢) وكان أهم حجج هذا الرأى أن أساس قضاء الإحالة هو وجود قاض يراجع التحقيق ويقدر مدى كفاية الأدلة لتقديم المتهم إلى محكمة الجنايات، وخاصة فإن قضاء هذه المحكمة لا معقب عليه من حيث الموضوع، وأن حاجة المواطنين إلى رقابة القاضى على تحصيل الدليل وتلقيه لازمة كحاجتهم إلى قيام القاضى على تقدير الدليل عند الحكم فى موضوع الدعوى، ولا يجوز الحكم على قطعة أساسية فى النظام الجنائى على أساس نسبة معينة تبرزها الإحصاءات.

بعض التعديل أصاب تشكيله فأصبح يتكون من مستشار للإحالة بدلا من القضاة الثلاثة الذين تتكون منهم غرفة الاتهام (القانون رقم ١٠٧ سنة ١٩٦٢). على أن محاولات إلغاء قضاء الإحالة قد أفلحت فى النهاية، وصدر القرار بقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨٠ الذى ألغى مرحلة الإحالة كلية، وجمع بين سلطة التحقيق والإحالة فى الجنايات، فأصبح للمحقق سواء أكان من النيابة العامة (محام عام) أم قاضى التحقيق إحالة الدعوى مباشرة إلى محكمة الجنايات. ولا شك فى أن لتوفير فاعلية الضمان القضائى فى مرحلة التحقيق الابتدائى نرى فتح باب الطعن فى أوامر التحقيق أمام محكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة المشورة وعدم قصره على الأمر الصادر من النيابة العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى (المادة ٢١٠ إجراءات). فإذا كان القانون قد أجاز استئناف النيابة العامة - ولو لمصلحة المتهم - جميع الأوامر التى يصدرها قاضى التحقيق (المادة ١٦١ إجراءات)، فإنه يجب فتح هذا الباب فى حدود معينة لسائر الخصوم بالنسبة إلى الأوامر التى تصدرها النيابة العامة، ولا يستقيم أن تستأنف النيابة العامة الأمر الصادر من القاضى الجزئى بالإفراج عن المتهم المحبوس احتياطيا، ولا يعطى هذا الحق للمتهم بالنسبة إلى الأمر الصادر بالحبس الاحتياطى (المادة ٢٠٥/ ٢ إجراءات).

المطلب الثالث

الفصل بين وظيفة الحكم ووظيفتى الاتهام والتحقيق الابتدائى

لا جدال حول التناقض بين وظيفتى الاتهام والتحقيق الابتدائى من جهة، وبين وظيفة الحكم من جهة أخرى. فالفصل بين وظيفة الحكم وكل من تلك الوظيفتين ضمان كبير لحياد القضاء.

١٥٣ـ الفصل بين وظيفة الحكم ووظيفة الاتهام

يؤكد هذا المبدأ حياد القاضى حين يفصل فى الدعوى. وقد قررت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ فى ظل قانون تحقيق الجنايات رغم خلوه من نص يحظر الجمع بين السلطتين[1]، وقد أكده بعد ذلك قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى (المادة ٢٣٥). ونص قانون الإجراءات الجنائية المصرى صراحة على المبدأ فى المادة ٢٤٧ التى جرت على أنه يمتنع على القاضى أن يشترك فى نظر الدعوى إذا كان قد قام «بوظيفة النيابة العامة»، وهذا التعبير ينصرف إلى وظيفة الاتهام وغيرها من الأعمال التى تقوم بها النيابة العامة فى مصر. وينصرف الحظر إلى عدم جواز أن يكون القاضى قد قام فى ذات الدعوى التى ينظرها بأى عمل من أعمال الاتهام، مثل تكليف المتهم بالحضور أو إعلانه بقائمة الشهود، أو تقديم الطلبات إلى قاضى

---

(١) انظر: Crim , 28 Fév. 1828, Bull., 51; 5 Déc 1903, Bull., No.411; Sept. 1905, Bull., No. 445; 20 Nov. 1925, Bull , No. 313.

وقد أدانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان السماح للنيابة العامة بالاشتراك فى مداولات محكمة النقض ولو بغير تصويت، على أساس أن النيابة العامة خصم موضوعى حين تشارك فى المداولة حتى ولو كان ذلك بصفة استشارية.

(CEDH, 30 Oct. 1991, avêt Borgers c/Belgique, Série A, no 214-A

التحقيق. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجوز لعضو النيابة العامة أن يعمل قاضيا فى نفس المحكمة التى كان يمثل النيابة أمامها طالما أنه لا ينظر أية دعوى سبق أن قام بشأنها بأى عمل من أعمال النيابة العامة. ولا يجوز أن يترتب على مبدأ عدم جواز تجزئة النيابة العامة اعتباره مساهما فى كل الدعاوى التى أسهم فيها زملاؤه القائمون بوظيفة النيابة العامة أمام ذات المحكمة(1).

وقد أكد المشرع هذا المبدأ من خلال النص على عدم جواز معاقبة المتهم عن واقعة غير التى وردت فى أمر الإحالة أو طلب التكليف بالحضور، وعدم جواز الحكم على غير المتهم المقامة عليه الدعوى (المادة ٣٩٧ إجراءات مصرى).

ومع ذلك، فقد تخرج بعض التشريعات عن هذا المبدأ المهم خضوعا لاعتبارات سرعة الإجراءات. ولا أهمية لهذا الخروج إذا اقتصر الأمر على مجرد تخويل سلطة الحكم قسطا من اختصاصات سلطة الاتهام طالما أنه لا يمتد إلى حد تخويلها سلطة الحكم فيما باشرت فيه الاتهام. مثال ذلك، ما نصت عليه المادة ١١ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى من تخويل محكمة الجنايات ومحكمة النقض عند نظر الموضوع بناء على الطعن للمرة الثانية حق التصدى بتحريك الدعوى الجنائية عن وقائع جديدة أو متهمين جدد (المادتان ١١ و١٢)(2)، وعند وقوع أفعال من شأنها الإخلال بأوامرها، أو بالاحترام الواجب لها، أو التأثير فى قضائها أو فى الشهود (المادة ١٣ إجراءات) دون تخويلها أى حق فى الفصل فى موضوع هذه الدعوى.

وكذلك الشأن إذا وقعت جناية فى الجلسة، فإن رئيس المحكمة يصدر أمرا بإحالة

---

(١) Crim., 17 Déc. 1964, Bull., No. 343.

(٢) ويلاحظ طبقا للمادة ١١ إجراءات أنه للمحكمة فى حالة التصدى أن تندب أحد أعضائها للقيام بإجراءات التحقيق، وفى هذه الحالة تسرى على العضو المندوب جميع الأحكام الخاصة بقاضى التحقيق. ويتوقف مناط اختصاص هذا العضو بالتحقيق الابتدائى على تطبيق المادة ١١ إجراءات.
ومفاد ذلك أن القانون قد أسند للمحكمة فى حالة التصدى الجمع بين سلطتى الاتهام والتحقيق الابتدائى، باعتبار أن عصو المحكمة المنتدب للتحقيق يستمد ولايته فى التحقيق من المحكمة ذاتها. وهو ما يعد خروجا عن القواعد العامة، حيث لا يجمع بين السلطتين سوى النيابة العامة (انظر الدكتور عبد الروف مهدى، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، ط ٢٠٠٢، ص ٧٦٩) وقد لاحظ بحق أن عضو المحكمة المنتدب للتحقيق لا يملك سلطة الإحالة إلى محكمة أمن الدولة العليا باعتبار أن هذه السلطة تختص بها النيابة العامة طبقا للمادة ٣/ ٣ من القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء محاكم أمن الدولة، وأن سلطة قاضى التحقيق التى يملكها عضو المحكمة المنتدب للتحقيق لا تتعدى مجرد الإحالة إلى محكمة الجنايات (المرجع السابق، ص ٥٨٣ و٥٨٤).

المتهم إلى النيابة العامة ويأمر بالقبض عليه عند الاقتضاء (المادة ٢٤٤/ ٢، ٣). في هاتين الحالتين يوجد إخلال بمبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم، لا يصل إلى حد المساس بحياد القضاء طالما أن المحكمة لا تملك الفصل في الدعوى التي باشرت فيها الاتهام[1]. إلا أنه مراعاة لاعتبارات حفظ النظام في الجلسة يجوز للمحكمة إذا وقعت جنحة أو مخالفة في الجلسة أن تقيم الدعوى على المتهم في الحال، وتحكم فيها بعد سماع أقوال النيابة العامة ودفاع المتهم (المادة ٢٤٤/ ١ إجراءات).

ومع ذلك، فقد يحدث المساس بحياد القضاء تحت ضغط الاعتبارات العملية، عن طريق تخويل المحكمة حق الفصل في الدعوى التي باشرت فيها الاتهام. مثال ذلك، ما نصت عليه المادة ٢٤٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، فقد خولت المحكمة سلطة رفع الدعوى والحكم فيها إذا وقعت جنحة أو مخالفة في الجلسة. وأيضا فإن المادة ٣٢١ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي قد نصت على أنه إذا وقع إخلال بالنظام من أحد الحاضرين في جلسة محكمة الجنايات يأمر رئيس المحكمة بإخراجه من الجلسة، فإذا قاوم هذا الأمر، تمت محاكمته. وقد نص مشروع قانون الإجراءات الجنائية المصري على تخويل محكمة الجنايات ومحكمة النقض عند نظر الموضوع بناء على الطعن للمرة الثانية حق الفصل في الدعوى في الجنايات التي تصدت لتحريكها (المادتان ١٨ و ١٩). وهذا النص يخل بحياد المحكمة دون مبرر مقبول[2].

ويلاحظ أن المادة ٣٠٨ من قانون الإجراءات الجنائية قد أجازت للمحكمة أن تعدل التهمة بإضافة الظروف المشددة التي تثبت من التحقيق أو من المرافعة في الجلسة، ولو كانت لم تذكر بأمر الإحالة أو التكليف بالحضور، وكل ما عليها في هذه الحالة هو مجرد تنبيه المتهم إلى هذا التغيير، وأن تمنحه أجلا لتحضير دفاعه بناء على التعديل الجديد إذا طلب ذلك. وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن المقصود بالظروف المشددة في هذا النص الوقائع التي تكون مع الواقعة الأصلية

(١) وقد رأى المشرع ذلك في (المادة ٢٤٥) إجراءات إذ نص على ما مؤداه إذا وقعت جريمة من المحامي في الجلسة، فللمحكمة أن تقرر إحالة المحامي إلى النيابة العامة لإجراء التحقيق ولا يجوز أن يكون رئيس الجلسة التي وقع أمامها أو أحد أعضائها عضوا في الهيئة التي تنظر الدعوى (المادة ٢٤٥).

(٢) ولا عبرة بما ساقته المذكرة الإيضاحية للمشروع من مبررات تقوم على تبسيط الإجراءات وسرعتها. فكل ذلك لا يمكن تحقيقه على حساب حياد القضاء، وهو من دعائم شرعية قانون الإجراءات الجنائية ذاته بوصفه مفترضا للضمان القضائي.

المنسوبة إلى المتهم وجه الاتهام الحقيقى وتدخل فى الحركة الإجرامية التى أتاها المتهم، سواء اعتبرت ظرفا مشددا بالمعنى الدقيق أم لا[1]. ويدق الأمر فى هذا النص بسبب ما أشارت إليه من الظروف المشددة التي تثبت من التحقيق أو من المرافعة فى الجلسة، مما قد يشير إلى تكوين المحكمة لرأى فى الدعوى قبل أن تفصل فيها، مما يؤثر فى حيادها، وإلى أن تنبيه المتهم إلى هذا التغيير هو من قبيل توجيه الاتهام، مما يجعل المحكمة غير صالحة للفصل فى الدعوى. وقد تفادى المشرع الفرنسى هذا الشك، فنص على ما مؤداه أنه إذا ظهرت فى الجلسة عناصر جديدة أو قدمت بواسطة أحد الخصوم، فإن القضاة لا يمكنهم تكوين اقتناعهم بشأنها أو الاعتماد عليها فى حكمها إذا لم تعرض هذه العناصر فى مناقشة أخرى على جميع الخصوم (المادة ٤٢٧/ ٢ إجراءات فرنسى[2]). فيلاحظ أنه بينما استخدم المشرع المصرى كلمة «تثبت» فقد اكتفى المشرع الفرنسى باشتراط مجرد ظهور العناصر الجديدة فى الجلسة. على أنه رغم هذا الاختلاف، فإننا نرى تفسير نص المادة ٣٠٨ إجراءات على نحو لا يتعارض مع مبدأ حياد القاضى، مما يوجب تأويل كلمة «تثبت» فى هذه المادة على أنها تعنى «تظهر» مما مؤداه أن تنبيه المتهم يرد على العناصر الجديدة التى تظهر من التحقيق أو من المرافعة فى الجلسة وتكون مع الواقعة الواردة فى أمر الإحالة أو التكليف بالحضور وجه الاتهام الحقيقى كما قالت محكمة النقض[3]. ولا يغل ذلك سلطة المحكمة فى نفس هذه الواقعة الجديدة عن المتهم رغم تنبيههم لها. وكل ما يشترط هو ألا يترتب على ذلك إضافة تهمة جديدة لم ترد فى أمر الإحالة.

وأساس سلطة المحكمة فى تعديل التهمة - وكذلك تغيير وصف التهمة - المعروض على المحكمة هى واقعة الدعوى الواردة فى أمر الإحالة أو التكليف بالحضور، وأن المحكمة يجب عليها أن تمحص هذه الواقعة بجميع أوصافها القانونية، فإذا هى اقتصرت على محاكمة المتهم عن الواقعة الإجرامية دون أن تضيف إليها ما ثبت من التحقيق من وقائع أخرى تتصل بها أو تعتمد عليها، فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون. وما تنبيه المتهم إلى ما يظهر من عناصر جديدة إلا تأمينا لحق الدفاع وليس

(١) انظر كتابنا فى النقض فى المواد الجنائية، طبعة ١٩٩٧، ص ٣٢٦ وما بعدها.

(٢) انظر: Merle et Vitu, Procédure pénale, op. cit., no. 732, p. 847.

(٣) نقض أول يونية سنة ١٩٥٩، مجموعة الأحكام، س ١٠، رقم ١٣١، ص ٥٨٩.

ممارسة لسلطة الاتهام؛ لأن العناصر الجديدة لا بد أن تكون مع واقعة الاتهام المعروضة على المحكمة وجه الاتهام الحقيقى. فإن كانت تمثل واقعة منفصلة عنها ـ امتنع على المحكمة الفصل فيها، فإن رأت التصدى لها امتنعت عن نظرها وطبقت فى شأنها إجراءات التصدى المنصوص عليها فى المادتين ١١ و١٢ إجراءات(١).

١٥٤ ـ الفصل بين وظيفة الحكم ووظيفة التحقيق الابتدائى

إن الضمان الإضافى لحياد القاضى يتجلى فى منع القاضى المكلف بالفصل فى الدعوى من تكوين فكرة شخصية مسبقة عنها من خلال مباشرة أحد إجراءات التحقيق الابتدائى فيها، وقد استخلصت المحاكم الفرنسية هذا المبدأ رغم وجود نص شامل يحظر الجمع بين السلطتين(٢)، إلى أن قرره القانون الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٧، وأكده قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى(٣). فمن خلال الفصل بين الوظيفتين يمكن للقاضى أن يفصل فى الدعوى غير خاضع لتأثره الشخصى بالتحقيق الابتدائى الذى أجراه بنفسه والذى انتهى إلى إحالة الدعوى إلى المحكمة سواء قام بهذا التحقيق كله أو بعضه بأحد إجراءاته. وقد استخلص ضمنا مبدأ الفصل بين سلطتى التحقيق والحكم من قضاء المجلس الدستورى الفرنسى فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٧٨ حين قرر بأن غرفة المشورة بوصفها سلطة للتحقيق تملك التدخل فى تحديد طرق تنفيذ العقوبات، ومن ثم لا تملك النطق بهذه العقوبات؛ لأن العقوبة وتنفيذها أمران منفصلان(٤).

وقد عبر القانون المصرى عن هذا المبدأ فيما قرره من أنه يمتنع على القاضى أن يشترك فى الحكم إذا كان قد أقام الدعوى بعمل من أعمال التحقيق أو الإحالة (المادة ٢٤٧/ ٢) إجراءات. وتطبيقا لهذا المبدأ، قضى بأنه لا يشترط أن يكون القاضى قد أبدى رأيه فيما سبق أن أجراه من تحقيق أو لم يبد رأيا(٥). وحكم بأنه لا يجوز

---

(١) قضاء مستقر، مثاله: نقض ٢ من إبريل سنة ١٩٩٧ و ١٩ من مايو سنة ١٩٩٧، مجموعة الأحكام، س٤٨، رقم ٦٠ و٨٩، ص ٤١٦ و٦٠١.

(٢) كانت (المادة ٢٥٧) من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى تقصر ذلك على أعضاء محكمة الجنايات.

(٣) انظر: Serge Guinchard et Jacques Buisson, op. cit., p. 244-252.

(٤) Déc. 78-98 Dc, 22 Nov. 1987 Exécution des peines; TCP 1980, II, 19309.

(٥) نقض ١٦ يناير سنة ١٩٣٣، مجموعة القواعد جـ٢ رقم ٧٤ ص ١٠٥، ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ جـ٧ رقم ٧٣٢ ص ٦٩٣، ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ جـ٧ رقم ٧٤٦ ص ٧٠٤.

للقاضى أن يتولى فى الدعوى الواحدة «وظيفة» قاضى الإحالة و«وظيفة» الحكم فى الموضوع، فإن فعل ذلك يكون حكمه باطلا[1].

ولا يقوم التعارض إذا كان القاضى قد باشر فى الدعوى مجرد عمل من الأعمال الولائية فى أثناء التحقيق الابتدائى، مما لا ينم عن إلمامه بموضوع الدعوى أو عن مساهمته فى التحقيق[2]. مثال ذلك، الترخيص للمتهم أو للمجنى عليه أو للمدعى بالحقوق المدنية أو للمسئول عنها بالحصول على صور من أوراق التحقيق على نفقتهم طبقا للمادة ٨٤ إجراءات مصرى، أو بالأمر ببيع الشىء المضبوط، مما يتلف بمرور الزمن أو يستلزم حفظه نفقات تستغرق قيمته طبقا للمادة ١٠٩ إجراءات مصرى.

وقد لوحظ أن مبدأ الفصل بين وظيفتى التحقيق والحكم ليس مجرد ضمان لحياد القاضى فحسب، وإنما يعد كذلك ضمانا للأصل فى المتهم البراءة[3]. ومن ثم، فإن الفصل بين الوظيفتين ينال قيمة دستورية باعتباره نتيجة لمبدأين دستوريين، هما حياد القضاء وأصل البراءة. وننبه إلى أن المادة ٢٩٤ إجراءات قد نصت على أنه إذا تعذر تحقيق دليل أمام المحكمة جاز لها أن تندب أحد أعضائها أو قاضيا آخر لتحقيقه. ويعد هذا التحقيق امتدادا للتحقيق النهائى الذى تجريه المحكمة ومن ثم يخضع لمبادئه. ويقتصر على إجراء معين يتعذر على المحكمة إجراؤه مثل إجراء معاينة فى مدينة أخرى غير التى يقع فيها مقر المحكمة، أو سماع شاهد مريض فى المستشفى يتعذر حضوره للمحكمة. وهو تحقيق يختلف فى طبيعته عن التحقيق الذى يجريه عضو المحكمة المندوب للقيام به فى حالة التصدى طبقا للمادة ١١ إجراءات إذ يعد تحقيقا ابتدائيا يخضع للأحكام الخاصة بقاضى التحقيق، بحكم مباشرة الاتهام بواسطة المحكمة طبقا للمادة ١١/ ١ إجراءات.

ويلاحظ أن المشرع قد يخول قاضى التحقيق قسطا من وظيفة الحكم لاعتبارات عملية. مثال ذلك، ما نصت عليه المواد ١١٧ إلى ١٢٢ من قانون الإجراءات

---

(١) نقض ١٧ يناير ١٩٤٩، مجموعة القواعد جـ٧ رقم ٧٩٤ ص ٧٥٦.

(٢) فى هذا المعنى: Crim., 25 Mars 1935. Bull., No. 35.

(٣) انظر: Thierry Renaux, op. cit., p. 344.

الجنائية المصرى بشأن ما يملكه قاضى التحقيق من سلطات فى الحكم على الشهود عن امتناعهم عن أداء الشهادة أو عن حلف اليمين . إلا أن ذلك لا يعد خروجا على مبدأ الفصل بين وظيفتى التحقيق والحكم ، لأن الفصل المنهى عنه هو الذى يتعلق بذات الدعوى (مع وحدة الخصوم والسبب) ، وهو ما لا ينطبق على الدعوى الخاصة بامتناع الشاهد عن الحضور أو عن حلف اليمين ، فهى مختلفة تماما عن الدعوى التى يحققها قاضى التحقيق سواء من حيث الخصوم أو من حيث السبب .

وبناء على حياد قاضى الحكم يكون القاضى حرا فى اقتناعه ، وله أن يبنى حكمه على أى دليل يطرح أمامه فى الجلسة (المادة ٣٠٢ إجراءات) . وللقاضى أن يعدل التهمة بإضافة وقائع جديدة إلى التهمة الأصلية لإعطائها الوصف القانونى الصحيح إذا كانت هذه الوقائع قد ثبتت من التحقيق الابتدائى أمام المحكمة (المادة ٣٠٨ إجراءات) .

الفصل الثالث
القضاء الطبيعى

تمهيد

ظهرت فكرة القاضى الطبيعى لأول مرة فى العهد الأعظم فى إنجلترا عام ١٢١٥ ، ثم عرفت هذه الفكرة فى النصف الأول من القرن الثالث عشر فى صورة معينة ، وهى انتماء القاضى إلى نفس طبقة المتقاضين ، فيحاكم رجال الكنيسة أمام نظرائهم من رجال الكنيسة ويحاكم الإقطاعيون أمام المحاكم الإقطاعية ، ثم ظهرت فكرة القاضى الطبيعى كأصل من أصول الدولة القانونية ، وعبر عنها الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٧٩٠ (المادة ١٧)[١] بوصفها ضمانا أساسيا للحريات .

وقد عنى الدستور المصرى الجديد الصادر سنة ١٩٧١ بالنص على أن لكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى (المادة ٦٨) . وفى هذا المعنى نصت المادة ٢٥ من الدستور الإيطالى (١٩٤٨) على أنه لا يجوز أن يحرم شخص من قاضيه الطبيعى الذى حدده القانون .

ويستند ضمان القضاء الطبيعى على ضمانين متكاملين ، أولهما استقلال القضاء وحياده ، وثانيهما مبدأ المساواة أمام القضاء

أما عن استقلال القضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية وحياده ، يقتضيان ألا يخضع القاضى لغير القانون الذى حدد اختصاصه وولايته على الدعوى قبل وقوع الجريمة . وكل تدخل فى اختصاص القاضى بصدد دعوى معينة يعد اعتداء على استقلاله وحياده . وهذا التدخل قد يأتى فى شكل انتزاع الدعوى من يد قاضيها

---

(١) The Review of international commission of jurists; independence of the judiciary in Italy, No. 10 (1973), p. 34.

الأصيل وتخصيص قاض آخر لنظرها، مما ينطوى حتما على مساس باستقلال القاضى الأصيل صاحب الدعوى التى انتزعت منه، وعلى مساس آخر باستقلال وحياد القاضى غير الأصيل الذى أصبحت الدعوى من اختصاصه بطريق الافتعال. وعلة ذلك أن التدخل فى شئون القضاء على هذا النحو ينطوى على تنحية قاض عن دعواه وتخصيص آخر لهذه الدعوى. ومن ثم، فإن مبدأ القاضى الطبيعى ينبع من مبدئى استقلال القضاء وحياده. وأما عن مبدأ المساواة أمام القضاء، فإن هذه المساواة تأبى إلا أن يحاكم كل المواطنين أمام قضاء واحد هو القضاء الطبيعى على نحو تتكافأ فيه مراكزهم القانونية فى سعيهم لرد العدوان على حقوقهم دفاعا عن مصالحهم الذاتية، باعتبار أن الناس جميعا لا يتمايزون فيما بينهم فى مجال حقهم فى النفاذ إلى قاضيهم الطبيعى، ولا فى نطاق القواعد الإجرائية أو الموضوعية التى تحكم الخصومة القضائية، ولا فى مجال التداعى بشأن الحقوق المدعى بها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروطها، إذ ينبغى دوما أن يكون للخصومة الواحدة قواعد موحدة سواء فى مجال اقتضائها أو الدفاع عنها أو الطعن فى الأحكام التى تصدر فيها[1].

ولا يحول ذلك دون وجود قواعد مختلفة باختلاف جهات المحاكم أو درجاتها أو نوعها، دون أن يعد ذلك مخالفة لمبدأ المساواة، فلا تتحقق هذه المخالفة إلا إذا انطوت المحاكمة أمام المحاكم المختلفة على عدم تناسب بين حقوق الخصوم فى كل منها[2].

(١) وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة (١) من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٨٣ فيما تضمنه من إطلاق اختصاص لجنة ضباط القوات المسلحة المنعقدة بصفة هيئة قضائية دون غيرها بالنظر فى المنازعات الإدارية الخاصة بالقرارات النهائية المصدق عليها من وزير الدفاع التى تصدرها مجالس المعاهد العسكرية المعدة لتخريج الضباط العاملين بالقوات المسلحة فى شأن الطلاب المقيدين بها، وذلك على أساس أن هذه المنازعات الإدارية تتماثل فى طبيعتها وتتحد فى جوهرها مع المنازعات الخاصة بأقرانهم طلاب الجامعات والمعاهد العليا التابعة لوزارة التعليم والخاضعة لإشرافها، وكان يلزم إعمالا للمادة ١٧٢ من الدستور أن ينعقد الاختصاص بنظرها جميعا - دون تفرقة - لمحاكم مجلس الدولة باعتباره قاضيها الطبيعى، مما لا يجوز معه أن يخص هذا الفريق من الطلاب دون جموعهم بالتنظيم المطعون فيه لأنهم جميعا ذوو مراكز قانونية متماثلة (دستورية عليا فى ٩ سبتمبر سنة ٢٠٠٠ القضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية العدد ٣٨ فى ٢١ سبتمبر سنة ٢٠٠٠.

(٢) هذا ما قضت به محكمة التحكيم البلجيكية (التى تتولى الرقابة على دستورية القوانين فى القضية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٩ والقضية رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٩ مشار إليهما فى:

(Annuaire International de Justice constitutionnelle, 1999, p. 436.

١٥٥ـ الشروط الواجب توافرها فى القضاء الطبيعى

لكى يكون القضاء طبيعيا يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

١ ـ إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقانون:

بيّنا أن القانون بوصفه الأداة التى تنظم استعمال الحقوق والحريات هو المصدر لقواعد الإجراءات الجنائية ، ومنها قواعد التنظيم القضائى وقواعد الاختصاص ، ولذلك ، فإن القانون بقواعده العامة المجردة هو أداة إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها(١) . وقد نصت المادة ١٤ من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة ١٩٦٦ على أن لكل فرد الحق فى محكمة مختصة ومستقلة ومحايدة قائمة استنادا إلى القانون (٢)، فلا يجوز للسلطة التنفيذية أن تنشىء ـ فى غير حالة الظروف الاستثنائية ـ أية محكمة استثنائية أو أية محكمة لها اختصاص مواز للمحكمة ذات الاختصاص الأصيل . ويفترض فى المحكمة التى تختص السلطة التشريعية ـ وحدها ـ بإنشائها أن تملك الوظيفة القضائية وفقا للمعيار الموضوعى لا مجرد المعيار الشكلى . فالعبرة هى بالمهمة أو السلطة الممنوحة للجهة التى أنشئت ، فإذا كان من اختصاصها فرض جزاء أو الفصل فى نزاع معين ، فإنها تعد محكمة . مثال ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسى من بطلان المرسوم سنة ١٩٦٠ بإنشاء لجان إدارية تختص ـ بجانب اختصاصها الإدارى ـ بنظر بعض الدعاوى أن هذه اللجان تعتبر فى حقيقتها محاكم ولا يجوز إنشاؤها إلا من السلطة التشريعية(٣) .

---

(١) قضت بذلك المحكمة الدستورية الإيطالية :

(C. Cost. 3 maggio 1963, m. 50, Foro it, 1963, 1,857, Giur. Cost., 1963, 471; C. Cost., 14 Novembre 1979, m 127, Giur. Cost., 1979, 1, 1032; C. Cost, 12 Giugano 1983, m. Gabriele Pescatore, Givseppe Marziale, مشار إليه فى 164, Giur. Cost., 1983, 1, 915.) Francesed Felicetti e Carmelo Sgrio; Costituzine e leggi sul processo costituzionele, Milano, 1992, art. 25, p 25).

(٢) تضمنت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان سنة ١٩٧٨ فى المادة الثامنة أن المحاكمة تكون أمام محكمة مختصة مستقلة غير متميزة أسست من قبل وفقا للقانون (انظر بوليونا كوكوت ـ النظام الأمريكى لحماية حقوق الإنسان ـ مقال منشور بالمجلد الثانى لحقوق الإنسان الصادر عن المعهد الدولى للدراسات العليا فى العلوم الجنائية ـ سيراكوزا ـ إيطاليا) ، الطبعة الأولى ، يونيو ١٩٨٩ ـ ص ٣٧٤.

(٣) C.E, 18 Novembre 1960, Brechet, Rec. p. 639, C.E, 14 Avril 1961, Chatenay, (Thierry Reanaux, p. 284, Baribant Rec. p. 234, 285).

٢ـ إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها وفقا لمعايير عامة مجردة:

بينا فيما تقدم أن القانون هو أداة إنشاء المحاكم وتحديد اختصاصها، وهو ما يفترض وجود قاعدة عامة مجردة تحكم هذا الأمر. فكل مواطن يجب أن يعرف سلفا من هو قاضيه وفقا لمعايير عامة مجردة. فلا يجوز بعد وقوع الجريمة انتزاع المتهم من قاضيه الطبيعى إلى محكمة أخرى أنشئت لدعاوى معينة دون ضوابط عامة مجردة، وذلك بإخراج هذه الدعاوى التى كانت من اختصاص المحكمة ونقلها إلى محكمة أنشئت لها خصيصا. وهذا هو ما أكدته المحكمة الدستورية الإيطالية تطبيقا لنص المادة ٢٥ من الدستوري الإيطالى التى نصت على أنه لكل شخص الحق فى محاكمته أمام قاض طبيعى أنشأه القانون(١).

هذا وقد كان القضاء الفرنسى قد جرى قديما على تطبيق قواعد الاختصاص بأثر مباشر، ولو كان القانون الجديد قد نقل اختصاص المحكمة العادية إلى محكمة استثنائية(٢). وهو ما لا يجوز إلا فى حالة الطوارئ حين تنشأ محاكم استثنائية مقيدة لبعض الجرائم التى تقع أثناء هذه الحالة.

ولا محل للتحدى بأن القانون الجديد المعدل للتنظيم القضائى أو للاختصاص يستوحى أحكامه من اعتبارات حسن تنظيم العدالة، لأن هذه الاعتبارات يجب مراعاتها دون انحراف عن الغاية المشروعة من إصدار القانون. فإذا كانت المحكمة قد أنشئت أو تحدد اختصاصها بالنسبة إلى دعوى جنائية معينة، فإن القانون يكون مشوبا بعيب انحراف فى السلطة التشريعية طالما فقد طابع التجريد. كما أن إدخال جريمة معينة وقعت من قبل فى اختصاص المحكمة الجديدة يعتبر انتزاعا ضمنيا للدعوى من اختصاص المحكمة الأصلية، وهو ما يتعارض مع استقلال القضاء. ولا يكفى أن تكون العقوبات المقررة للجريمة لم يمسها التغيير فى القانون الجديد، كما لا يغير من الأمر أن تكون الإجراءات واحدة فى كلا المحكمتين؛ لأن طبيعة

---

(١) انظر أحكام المحكمة الدستورية الإيطالية الصادرة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٨، و٢٢ يناير سنة ١٩٧١، و٢٧ يناير سنة ١٩٧٢، و١١ ديسمبر سنة ١٩٧٤، و١٤ يولية سنة ١٩٧٦، و٤ يولية سنة ١٩٧٧ مشار إليها فى Costitituzione e leggi sul processo costituzionale, المرجع السابق.

(٢) Levasseur; Réflexions sur la compétence. un aspect négligé du principe de la légalité (Mélanges HUGUENEY; Problémes contemporains de procédure pénale, Paris, SIREY, 1964, p 19.

المحكمة واختصاصها أمر يتعلق باستقلال القضاء وحياده، وهو أمر لا يمكن التفريط فيه حماية للحريات.

وتطبيقا لذات المبدأ يجب أن يتم توزيع القضايا على الدوائر المختلفة بمحكمة النقض وكل محكمة استئناف أو محكمة ابتدائية وفقا لقواعد عامة مجردة تحددها الجمعية العامة للمحكمة أو رئيسها إن فوضته بذلك (المادة ٣٠ من القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية) تأكيدا لحياد القضاء واستقلاله وضمانا لمبدأ المساواة أمام القضاء بوصفها ضمانات متكاملة يتأسس عليهما ضمان القضاء الطبيعي[١]. ولهذا قضى المجلس الدستورى فى فرنسا بعدم دستورية نص كان يخول رئيس المحكمة الابتدائية سلطة تحديد المحكمة التى تحال إليها الدعوى، وما إذا كانت هذه المحكمة تتكون من ثلاثة قضاة أو من قاض فرد[٢] على أساس إخلال هذا النص بمبدأ المساواة.

أما إذا صدر قانون بتعديل اختصاص المحكمة بطريقة عامة مجردة، فإنه يسرى بطريق مباشر على جميع الدعاوى القائمة ولو كانت عن جرائم وقعت قبل العمل بالقانون. والأصل أن يستهدف القانون تحقيق المصلحة العامة من وراء هذا التعديل بأن تكون المحكمة الجديدة أو الاختصاص الجديد للمحكمة يحقق للعدالة فاعلية أكثر أو يوفر للمتهم ضمانا أكبر.

وتزول شبهة المساس بالقضاء الطبيعى إذا كان القانون الجديد قد جعل الدعوى من اختصاص المحكمة أكثر ضمانا للمتهم. ففى هذه الحالة يتأكد احترام الحريات. وقد راعى المشرع اعتبار المحكمة الأكثر ضمانا للمتهم فى الحالات التى يتعدد فيها اختصاص المحاكم بنظر جريمة واحدة، فنص فى المادة ١٨٢/ ١ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى على أنه إذا كانت الجرائم من اختصاص محاكم من درجات مختلفة تحال إلى المحكمة الأعلى درجة. فهذه المحكمة هى بلا شك الأكثر ضمانا بطريقة عامة مجردة. ومن الأمثلة التاريخية، أن الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية كانت مختصة بالفصل فى طلب إعادة النظر المرفوع من أسرة دريفوس، حتى صدر قانون فى أول مارس سنة ١٨٩٩ فخول الدوائر المجتمعة

(١) انظر ص ١٩٢ من هذا الكتاب.

(٢) انظر: Déc. 23 Juillet 1975, no. 75-56, Rec. jur, const; m p. 32.

لمحكمة النقض، الاختصاص بالفصل فى دعاوى إعادة النظر التى كانت من اختصاص الدائرة الجنائية[1]. ولاشك أن الهيئة الجديدة بحكم تشكيلها تعد أكثر ضمانا للمتهم بحكم كونها أكثر قدرة على احترام الحقوق والحريات. ويعد القاضى الجديد أصلح للمتهم إذا كان تدخله يؤدى إلى المزيد من الضمان القضائى فى الإجراءات، إما من خلال صفة القاضى (مثل كونه من القضاة المهنيين)، أو عدد القضاة، أو درجة المحكمة فى السلم القضائى، أو فتح طريق الطعن فى أحكامها أمام جهة قضائية أعلى. كل ذلك دون إخلال بالضمانات التى تتوافر للمتهم فى إجراءات المحاكمة أمام القاضى الجديد. ويراعى فى المقارنة بين القاضى القديم والقاضى الجديد مجموع ما يتميز به القاضى الجديد من الضمانات وفقا للمعايير السابقة.

ويدق البحث فى حالات الاختصاص المتوازى حين ينص القانون الجديد على اختصاص أكثر من محكمة بنظر الجريمة - وتكون إحداهما أقل ضمانا من غيرها من المحاكم - ففى هذه الحالة تستمر المحكمة المنظورة أمامها الدعوى فى نظرها، ولا يجوز إحالتها إلى المحكمة الأقل ضمانا.

٣ـ أن تكون المحكمة دائمة:

ويقصد بها المحكمة العادية التى أنشأها القانون لنظر الدعوى دون قيد زمنى معين سواء تحدد هذا القيد بمدة معينة أو بظروف مؤقتة مثل حالة الحرب أو حالة الطوارئ. فهذا النوع من المحاكم المؤقتة لا يعد من قبيل القضاء الطبيعى إلا بالنسبة للجرائم التى أنشئت من أجلها. أما الجرائم العادية فهى دائما من اختصاص المحاكم العادية التى لا يتوقف وجودها أو اختصاصها على وقت أو ظرف معين.

ويلاحظ أن المادة ١٩ من القرار رقم ١٦٤ سنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ قد نصت على أنه عند انتهاء حالة الطوارئ تظل محاكم أمن الدولة مختصة بنظر القضايا التى تكون محالة عليها. ولما كان المقصود بمحاكم أمن الدولة فى هذا الشأن هى ذلك النوع من المحاكم المؤقتة التى تنشأ بسبب حالة الطوارئ، لا محاكم أمن الدولة الدائمة التى نص عليها الدستور والتى صدر بشأنها القانون رقم ١٠٥ لسنة

---

(١) وقد صدر هذا القانون بناء على اقتراح لجنة أنشأتها الحكومة وتتكون من ثلاثة قضاة.
انظر: MICHEL LESAGE; Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice, These de doctorat, 1960. p. 77 et78.

١٩٨٠ ، فإنه لا يجوز أن يمتد اختصاص هذه المحاكم بعد انتهاء حالة الطوارئ إلى غير الجرائم التى تنشأ بمقتضى الأوامر العسكرية دون الجرائم العادية التى تدخل أصلا فى اختصاص محاكم القانون العام ، والتى يصدر قرار جمهورى بإحالتها إلى محكمة أمن الدولة فى حالة الطوارئ . ولا وجه للتحدى بأن رئيس الجمهورية قد يحيل إلى محاكم أمن الدولة بعض جرائم القانون العام وذلك لأن مناط الاختصاص الاستثنائى لهذه المحاكم بهذه الجرائم هو قيام حالة الطوارئ . ومتى زالت هذه الحالة انحسر اختصاص هذه المحاكم بقوة القانون عن جرائم القانون العام لكى تعود إلى قاضيها الطبيعى ، بخلاف الحال فى الجرائم التى تنشئها الأوامر العسكرية فإن قاضيها هو محاكم أمن الدولة (طوارئ) لأن حالة الطوارئ هى التى اقتضت إنشاء هذه الجرائم فتكون من اختصاص المحاكم التى اقتضتها هذه الحالة . فما ينشأ من جرائم فى إطار شرعية الطوارئ يكون من اختصاص المحاكم التى تنشأ فى إطار هذه الشرعية الاستثنائية .

ويلاحظ أن المبدأ الثالث من المبادئ الأساسية لاستقلال السلطة القضائية التى أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ديسمبر سنة ١٩٨٥ قد عنى بتأكيد أن «تكون للسلطة القضائية الولاية على جميع المسائل ذات الطابع القضائى ، كما تنفرد بسلطة البتّ فيما إذا كانت أية مسألة معروضة عليها للفصل فيها تدخل فى نطاق اختصاصاتها حسب التعريف الوارد فى القانون» . كما جرى المبدأ الخامس بأنه «لكل فرد الحق فى أن يحاكم أمام المحاكم العادية أو الهيئات القضائية التى تطبق الإجراءات القانونية المقررة ، ولا يجوز إنشاء هيئات قضائية لا تطبق الإجراءات القانونية حسب الأصول الخاصة بالتدابير القضائية ، بقصد نزع الولاية القضائية التى تتمتع بها المحاكم العادية ، والهيئات القضائية» .

وقد كان موضوع القضاء الطبيعى أحد أهم الموضوعات التى طرحت على بساط البحث فى مؤتمر العدالة الأول الذى أقامه قضاة مصر بالقاهرة فى إبريل سنة ١٩٨٦ ، وانتهى المؤتمر فى توصياته إلى أن «المناط فى القضاء الطبيعى أن يكون القضاء محددا وفق قواعد قانونية مجردة فى وقت سابق على نشوء الدعوى ، بما مؤداه أنه يعد قضاء استثنائيا ، كل قضاء ينشأ فى وقت لاحق على نشوء النزاع أو ارتكاب الجريمة ، لكى ينظر فى دعوى معينة بالذات ، وأن تتوافر فيه الضمانات

الجوهرية التى قررها الدستور والقانون[1][2]. ويعد حرمانا من حق الالتجاء إلى القاضى الطبيعى إجبار الخصوم إلى الالتجاء إلى التحكيم قسرا[3].

وفى المؤتمر الثانى للجمعية المصرية للقانون الجنائى الذى عقد فى الإسكندرية سنة ١٩٨٨ بالاشتراك مع الجمعيتين الفرنسية والأمريكية لقانون العقوبات فى موضوع «حقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية»، حدد المؤتمر مفهوم القضاء الطبيعى فى قوله: «إنه القضاء الذى يتوافر له شرطان، الأول: أن يكون تعيين القاضى بالتطبيق لشروط قانون السلطة القضائية، والثانى: أن يباشر اختصاصه وفقا لقانون الإجراءات الجنائية دون استثناء، بمعنى أن يجاز الطعن فى قراراته وأحكامه بالطرق المقررة فى هذا القانون»[4]. ويلاحظ أن الشرط الثانى لا يتعلق بمفهوم القضاء الطبيعى بقدر ما يتعلق بمفهوم المحاكمة المنصفة.

ونشير إلى أن البيان العالمى عن حقوق الإنسان فى الإسلام الصادر عن المجلس الإسلامى المنعقد فى باريس سنة ١٩٨١ قد أكد حق الفرد فى محاكمة عادلة أمام محكمة ذات طبيعة قضائية كاملة[5].

---

(١) وفى مقدمة هذه الضمانات، أن يكون مشكلا من قضاة إخصائيين فى العمل القضائى ومتفرغين له، متوافرة فيهم شروط الاستقلال وعدم القابلية للعزل، متحققة لهم مقتضيات الحيدة والموضوعية بوصفهم حماة الحقوق والحريات بنص (المادة ٦٥) من الدستور، ومن هذه الضمانات أيضا أن تكفل لأطراف الدعوى جميعا حقوق الدفاع وضماناته كاملة إعمالا لحكم (المادتين ٦٧ و ٦٩) من الدستور وأن يكون القانون الذى يطبقونه ملتئما مع الدستور وفى إطار من الاحترام الدولى لحقوق الإنسان وكرامة المواطن حتى تتوافر للقانون السيادة التى نص الدستور فى (المادة ٦٤) منه على أنها أساس الحكم فى الدولة. توصيات لجنة نظام القضاء ـ وثائق مؤتمر العدالة الأول ـ القاهرة ـ ١٩٨٦.

(٢) ومن بعد فقد عقدت الجمعية المصرية للقانون الجنائى مؤتمرها الأول فى القاهرة سنة ١٩٨٧، وقد انتهى المؤتمر فى تحديده لمفهوم القضاء الطبيعى إلى أنه لا يجوز أن يحرم المتهم من القضاء الطبيعى المختص وقت ارتكاب الجريمة، والقاضى الطبيعى هو من يعين طبقا لقوانين تنظيم القضاء ويتمتع بالاستقلال وعدم القابلية للعزل، ويطبق قانون الإجراءات الجنائية. (المؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائى ـ القاهرة ١٩٨٧ ـ اللجنة الثالثة ـ العلاقة بين التنظيم القضائى والإجراءات الجنائية).

(٣) دستورية عليا فى ٣ يوليو سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٠٤ سنة ٢٠ قضائية «دستورية». وانظر ما تقدم ص ٣٢١.

(٤) المؤتمر الثانى للجمعية المصرية للقانون الجنائى ـ الإسكندرية ـ ١٩٨٨.

(٥) الشافعى محمد بشير قانون حقوق الإنسان ـ ذاتيته ومصادره ـ مقال منشور بالمجلد الثانى لحقوق الإنسان ـ المرجع السابق ـ ص ٤٦ وما بعدها.

١٥٦ـ المحاكم ذات الاختصاص الخاص

يقصد بالمحاكم ذات الاختصاص الخاص ذلك النوع من المحاكم التى يتقيد اختصاصها ببعض الجرائم أو بفئات معينة من المتهمين. وهى تقابل محاكم القانون العام التى تختص بجميع الجرائم ـ ولو كانت من نوع معين ـ وجميع المتهمين بارتكابها. ويطلق على هذا النوع من المحاكم فى فرنسا اسم المحاكم ذات الاختصاص الاستثنائى (Juridictions d'exception) تمييزا لها عن المحاكم الاستثنائية (Exceptionnelles Juridictions) [١]، والأصح أن يطلق عليها تعبير (المحاكم ذات الاختصاص الخاص) منعا للخلط بينها وبين المحاكم الاستثنائية.

وتعد المحاكم ذات الاختصاص الخاص نوعا من القضاء الطبيعى بالنسبة إلى المتهمين أو الجرائم التى تدخل فى اختصاصها فى غير حالة الطوارئ. ومثال هذه المحاكم فى القانون المصرى محاكم أمن الدولة التى صدر بشأنها القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ والتى تستند إلى المادة ١٧١ من الدستور، والمحاكم العسكرية المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٦٦ بإصدار الأحكام العسكرية، ومحكمة القيم المشكلة وفقا للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون حماية القيم من العيب[٢]، ومحاكم أمن الدولة العليا المشكلة وفقا لقانون الطوارئ[٣]. والأصل فى اختصاص هذه المحاكم أنه يتحدد بناء على الصفة العسكرية سواء فى المتهمين (العسكريين والمدنيين الملحقين العسكريين بشأن جرائم القانون العام بقيود معينة) أو فى المجنى عليه أو فى مكان وقوع الجريمة. وكذلك أيضا محكمة الأحداث طبقا لقانون الطفل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦، فإن اختصاصها يتحدد أصلا بصفة المتهم وهى كونه من الأطفال بالمعنى الذى حدده القانون المذكور.

---

(١) JEAN RIVERO; libertés publiques. 1973, p.135.

(٢) دستورية عليا فى ٢١ يونية سنة ١٩٨٤ فى القضية رقم ١٣٩ و١٤٠ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٣ ص ٣٣٦، ٧ مايو سنة ١٩٨٨ فى القضية رقم ١٣١ لسنة ٥ قضائية «دستورية» المجموعة السابقة جـ ٤ ص ٨٨، ٥ مارس سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٩٨ لسنة ٤ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٦ ص ١٩٨.

(٣) دستورية عليا فى ١٦ يونية سنة ١٩٨٤ فى القضية رقم ٥٥ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٣ ص ٨٠.

وأساس هذا الاختصاص الخاص هو المصلحة العامة؛ فنوع جرائم أمن الدولة والصفة العسكرية تجعل المحاكم العسكرية أكثر قدرة على نظر الجرائم، وصفة الحدث تتطلب محكمة ذات تكوين خاص يفهم طبيعة الطفل.

وتكشف هذه المصلحة العامة عن ضرورة ملجئة توجب انتزاع الاختصاص من المحاكم التى عقد لها القانون أصلا ولاية القضاء بوصفه قاضيها الطبيعى، وإسناده إلى محاكم ذات اختصاص خاص بالنظر إلى الطبيعة التى أملت ن تختص المحاكم دون غيرها بنظر هذا النوع من الخصومة(١).

١٥٧ـ المحاكم الاستثنائية (غير العادية)

تشترك المحاكم الاستثنائية مع المحاكم ذات الاختصاص الخاص فى أنها تختص بنظر جرائم من نوع معين أو محاكم فئة خاصة من المتهمين. ولكنها تختلف عنها فى أنها محاكم مؤقتة بظروف معينة. ولا تنشأ عادة بالأداة التشريعية (القانون) التى تنشأ بها محاكم القانون العام. ولا تخضع لإجراءات المحاكمة العادية المقررة فى هذه المحاكم. وتشكل عادة من غير القضاة. مثال ذلك فى فرنسا المحاكم التى أنشأتها حكومة فيشى سنة ١٩٤٤، والمحاكم العسكرية التى أنشأتها فى أثناء حرب الجزائر(٢).

ومن أمثلة هذه المحاكم فى مصر المحكمة الخاصة التى أنشأها المرسوم بقانون رقم ٣٤٤ سنة ١٩٥٢ فى شأن جريمة الغدر، ومحكمة الثورة التى أنشئت بالأمر الصادر من مجلس قيادة الثورة فى ١٦ سبتمبر سنة ١٩٥٣. والوجه الاستثنائى فى هذا النوع من المحاكم واضح من طبيعة الظروف الاستثنائية التى أنشئت فيها وهى قيام

---

(١) فى هذا المعنى: دستورية عليا فى ٩ سبتمبر سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٢) وقد أنشئت محكمة عسكرية فى فرنسا بالأمر الصادر فى أول يونيو ١٩٦٢، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩ أكتوبر بعدم شرعية هذه المحكمة لمخالفتها للحقوق والضمانات الأساسية للدفاع. وقد اضطرت الحكومة إلى استصدار القانون رقم ٦٣ - ٢٣ فى ١٥ يناير سنة ١٩٦٣ الذى نص على صحة الأمر الصادر بإنشاء هذه المحكمة بأثر رجعى. وقد ألغيت جميع المحاكم العسكرية الاستثنائية بعد استقلال الجزائر (٣ يوليو سنة ١٩٦٢).

انظر: J. RIVERO., op. cit , p. 136.

ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ ، فضلا عن الإجراءات غير العادية المتبعة أمامها سواء من حيث الاتهام أو التحقيق أو المحاكمة ، بالإضافة إلى الجرائم والعقوبات التى تختص بنظرها دون تقيد بقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات(١) .

وهذه المحاكم لا تعد قضاء طبيعيا للمواطنين ، ومن ثم فلا يجوز إنشاؤها طبقا للشرعية الدستورية . وتعد محاكم أمن الدولة (طوارئ) التى تنشأ بمناسبة حالة الطوارئ محاكم استثنائية . ولا يجوز إنشاؤها إلا عند إعلان هذه الحالة فقط .

وقد أكد هذا الرأى ما نص عليه الإعلان العالمى لاستقلال القضاء فى مونتريال سنة ١٩٨٣ من عدم جواز إنشاء أية محاكم مخصصة (استثنائية) لتحل محل القضاء بمعناه الحصرى فى المحاكم . وقد نصت دساتير بلجيكا ، واليونان ، وفنلندا على عدم جواز إنشاء أية محاكم استثنائية (المواد ٩٤ و ٩١ و ٦٠ على التوالى) ، كما يقضى الدستور الإيطالى فى (المادة ١٠٢) منه بأنه «ولا يجوز أن يعين قضاة استثنائيون أو قضاة خاصون» .

---

(١) ولهذا قضت محكمة النقض بأن إنشاء محكمة الثورة وتحديد اختصاصها بالأمرين الصادرين فى ١٣ و١٦ سبتمبر سنة ١٩٥٣ لم يصدر بهما قانون أو لائحة ، بل صدرا على أنهما عمل من أعمال السيادة العليا التى خص بها مجلس قيادة الثورة بمقتضى المادة الثامنة من الدستور المؤقت الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ ، ولذلك لم يتبع فى شأنهما ما يتبع فى القوانين من نشر بالجريدة الرسمية . ورتبت محكمة النقض على ذلك أن الأحكام الصادرة بعقوبة جنائية من هذه المحكمة لا تسرى عليها أحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات ، لأنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص ، ولأنه فى مجال توقيع العقوبات لا يجوز التوسع فى التفسير (نقض دائرة الأحوال الشخصية) فى ٢٣ يونية سنة ١٩٩٥ فى الطعن رقم ٣ لسنة ٢٥ قضائية .

وتختلف محكمة الثورة المنشأة طبقا للأمر الصادر من مجلس قيادة الثورة فى ١٦ سبتمبر سنة ١٩٥٣ عن محكمة الثورة المنشأة طبقا للقرار بقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٦٧ بإنشاء محكمة الثورة وتحديد اختصاصها ، إذ إن هذا القرار له قوة القانون وله تنظيم الموضوعات التى نص الدستور أن يكون تنظيمها ومنها ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصها . وقد قضت المحكمة العليا (التى كانت لها سلطة الرقابة على دستورية القوانين) أنه متى كان لقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٨ لسنة المطعون فيه - والذى صدر بناء على قانون التفويض - قوة القانون الصادر من السلطة التشريعية ، فإن لهذا القرار بقانون أن يتناول بالتنظيم الموضوعات التى عينها قانون التفويض الذى صدر بالاستناد إليه ولو كانت من الموضوعات التى نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون ، ويدخل فى ذلك ترتيب جهات القضاء وتعيين اختصاصاتها ، ومن ثم ، فإن ما تنص عليه المادة الأولى من القرار بقانون المطعون فيه من إنشاء محكمة الثورة وتعيين اختصاص لها لا يخالف المادة ١٥٣ من الدستور .

(المحكمة العليا فى ٦ مارس سنة ١٩٧٦ فى الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام المحكمة العليا جـ ١ ص ٣٤٦) .

١٥٨ـ القضاء «السياسي»

إن نقطة البداية هي التأكيد على أن جميع الأفراد وجميع السلطات يخضعون للقانون، ولا يوجد أحد فوق القانون مهما علت سلطته أو ارتفع مقامه في المجتمع. إلا أن هذا الأصل لا يحول دون الحرص عند تطبيق القانون على إقامة توازن بين كل من السلطة وتماسك المجتمع واستقراره. فإذا كان القائمون على السلطة خاضعين للقانون، فما الضمان في عدم تعريضهم للكيد من جانب الأفراد بسبب ممارسة سلطتهم؟ وفي الوقت ذاته ما هو الضمان للأفراد في حسن ممارسة السلطة وعدم الانحراف بها في مواجهة؟ لهذا جاءت فكرة القضاء السياسي للتوفيق بين هذين الاعتبارين. ويتحدد المقصود بالقضاء السياسي بالنظر إلى طبيعة الجرائم التي يختص بنظرها (وهو معيار مادي)، وإما بالنظر إلى ولايتها (وهو معيار شكلي)، وإما بالنظر إلى المعيارين معا. وفيما يأتي نحدد المراد بالقضاء السياسي وفقا للمعيارين المذكورين.

(أ) المعيار المادي:

وفقا لهذا المعيار يتميز القضاء «السياسي» من الناحية الوظيفية بطبيعة الجرائم التي يختص بنظرها، وهي بوجه عام الجرائم التي تمس نظام الدولة السياسي سواء تعلق بشكل الحكومة أو تنظيم السلطات العامة أو الحقوق والواجبات العامة للأفراد، وتتميز بأنها تثير لدى المحكمة موضوعات سياسية تتطلب تقديرا خاصا مما يتطلب إسنادها إلى محاكم ذات مستوى خاص. فلا يقصد بالقضاء السياسي أن أعضاءه من السياسيين، وإنما يقصد به القضاء الذي يحاكم جرائم تمس النظام السياسي للدولة ولو وقعت من الأفراد، أو يحاكم نوعا من المسئولين السياسيين عما يقع من جرائم في أثناء ممارسة وظائفهم.

وينقسم القضاء السياسي وفقا لهذا المعيار إلى نوعين: (الأول) ويختص بنظر الجرائم التي تقع من رجال السلطة اعتداء على نظام الدولة. ويعتبر هذا القضاء ضمانا للأفراد في مواجهة انحراف السلطة. والمتهمون أمام هذا القضاء هم الحكام أنفسهم (رئيس الدولة والوزراء) لاتهامهم بارتكاب أفعال أو جرائم تكشف عن انحرافهم في أداء وظائفهم. ونظرا لشخصية هؤلاء المتهمين والطبيعة الخاصة

بمسئوليتهم الجنائية عن الجرائم المسندة إليهم، فقد اتجهت الدساتير إلى محاكمتهم أمام محكمة خاصة(١). (الثانى) يختص بنظر الجرائم التى تقع من الأفراد العاديين

---

(١) ذهب البعض إلى أن مسئولية الوزراء ذات طابع سياسى، بناء على خضوع السلطة التنفيذية لرقابة السلطة التشريعية، مما يفيد أن مسئوليتهم ليست إلا امتدادا ونتيجة لهذه الرقابة، وخاصة أن السلطة التشريعية هى صاحبة الحق فى التقدير السياسى للأخطاء. ويرى البعض الآخر أن مسئولية الوزراء لها طابع مختلط؛ سياسى وجنائى مما يؤثر على القواعد التى تحكم هذه المسئولية.

(Robert charvin, op. cit., p. 258-265).

والواقع من الأمر، فإن الطابع السياسى للمسئولية الجنائية للوزراء لا يغطى الطابع الجنائى والذى ينبعث من كونها نتيجة لارتكابهم أفعالا يعاقب عليها قانون العقوبات. وخلافا لذلك، فإن مسئولية رئيس الدولة يغلب عليها الطابع السياسى. وقد نصت دساتير الجمهوريات الثالثة والرابعة والخامسة فى فرنسا على أن تقتصر مسئولية رئيس الجمهورية على حالة (الخيانة العظمى). وقد خلا قانون العقوبات من تحديد المضمون المادى لهذه الجريمة، مما يؤكد الطابع السياسى للمسئولية عنها.

(Charvin, op. cit., p. 259-265)

وقد نصت بعض الدساتير صراحة على عدم مسئولية رئيس الدولة إلا عن الخيانة العظمى مثل الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٩٥٨، وقد قيل بأن كل تقصير جسيم من جانب رئيس الجمهورية فى أداء الواجبات المكلف بها يمكن اعتباره مكونا لجريمة الخيانة العظمى، وهو ما يكشف عن الطابع السياسى لهذه المسئولية فى فرنسا.

Pierre desmottes, De la responsabilité pénale des ministres en régime parlementaire Par-) is, 1968, p. 257).

وينعكس الطابع السياسى لهذه المسئولية على تشكيل المحكمة المختصة بمحاكمة رئيس الدولة، وهو ما يتوافر فى أعضاء السلطة التشريعية. وتجيز بعض الدساتير محاكمة رئيس الدولة جنائيا عن الأفعال التى يعاقب عليها قانون العقوبات بعد عزله بسبب مسئوليته السياسية، كما هى الحال فى الدستور الأمريكى (المادة ١/ ٣).

ويلاحظ أن المجلس الدستورى الفرنسى قد لاحظ أن اتفاقية إنشاء المحكمة الجنائية الدولية حين نصت على أن الصفة الرسمية للشخص لا تجيز إعفاءه من المسئولية الجنائية؛ لا تتفق فى حدود هذا النص مع المادة ٦٨ من الدستور الفرنسى التى نصت على أن رئيس الجمهورية لا يسأل عن الأعمال التى يرتكبها فى أثناء تأدية وظيفته إلا فى حالة الخيانة العظمى، ولا يجوز توجيه الاتهام إليه إلا بقرارا من الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلسين، ويحاكم أمام المحكمة العليا للعدالة. وذهب المجلس الدستورى إلى أنه طبقا لهذه المادة يتمتع رئيس الجمهورية بالحصانة عن الأعمال التى يرتكبها فى أثناء ممارسة وظيفته مما يقع خارج مجال الخيانة العظمى تقديرا لأهمية المهام التى تقع عل عاتقه. (98- 408 Dc du 22 Janvre 1999 Cour pénale internationale مشار إليه فى Annuaire International de Justice constitutionnelle, 1999, p. 426, 427) وقد عدل الدستور الفرنسى بالقانون الدستورى رقم ٥٦٨ سنة ١٩٩٩ الصادر فى ٨ يولية سنة ١٩٩٩ الذى أضاف المادة ٥٣/ ٢ إلى الدستور الفرنسى التى نصت على أن الجمهورية يمكن أن تعترف بولاية المحكمة الجنائية الدولية بالشروط المنصوص عليها فى المعاهدة الموقعة فى ١٨ يولية ١٩٩٨.

باعتداء على نظام الدولة السياسى. ويعد هذا القضاء ضمانا للسلطة فى مواجهة انحراف الأفراد. ونظرا للطابع السياسى لهذه الجرائم، فقد اتجهت بعض التشريعات إلى أن تختص بنظرها محكمة خاصة. ويتضح مما تقدم أن القضاء يكون سياسيا بالنظر إلى طبيعة الجرائم التى ينظرها.

(ب) المعيار الشكلى

وفقا لهذا المعيار تتعدد نظم القضاء السياسى من حيث. ففى النظام الأول لهذا القضاء تختص بالجرائم السياسية محكمة خاصة استثنائية تتميز عن المحاكم القضائية العادية. وقد عرف هذا النظام فى روما ثم فى القانون الجرمانى. كما عرف فى القانون الفرنسى وظل مطبقا فى العهود المظلمة للملكية الفرنسية والإقطاع الفرنسى حتى القرن الثانى عشر[1]. وقد التجأت الثورة الفرنسية إلى هذا النظام للتنكيل بخصومها السياسيين فأنشأت محاكم استثنائية تعمل باسم السلطة ومن أجلها[2].

أما النظام الثانى للقضاء السياسى فإنه يميز بين الجرائم السياسية الجسيمة وغيرها من الجرائم السياسية غير الجسيمة فيجعل الأولى من اختصاص محاكم خاصة. ويترك الثانية لاختصاص المحاكم العادية. وفى هذا النظام لا تعد المحكمة الخاصة جزءا من السلطة القضائية، مما لا محل لبحث طبيعتها بين جهات القضاء. ومثال ذلك محكمة العدالة فى فرنسا، والتى تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن جريمة الخيانة العظمى ومحاكمة الوزراء عما يقع من جرائم فى أثناء ممارسة وظائفهم، فهى تتكون من ٢٤ قاضيا أصليا و ١٢ قاضيا أعضاء تنتخبهم الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ من بين أعضائها (المادة ٦٧). وكانت الجرائم الأخرى التى تقع من الأفراد اعتداءً على أمن الدولة، تدخل فى اختصاص محكمة خاصة هى محكمة أمن

---

(١) MICHEL - HENRY TABRE; Justice politique libérale et justice politique marxiste) Bibliohéque, des centres d'études supérieures spécialisées, VIL, la justice, p. 150.

(٢) وقد أدى ذلك كما قال البعض إلى أن يصبح القضاء السياسى أداة للسلطة ينظر إلى المعارضة بوصفها ثورة، وإلى القضاة بوصفهم جنودا للسلطة، وإلى المتهمين بوصفهم أعداء وإلى الأحكام بوصفها معارك.

(Ropert Charvin, op. cit., p. 368)

الدولة إلى أن ألغيت سنة ١٩٨٢[(١)]. وكذلك الشأن فى إنجلترا، فإن مجلس اللوردات ينعقد كمحكمة عليا للنظر فى الجرائم التى يحيلها عليه مجلس العموم.

وبالنسبة إلى النظام الثالث للقضاء السياسى، فإن جميع الجرائم السياسية على اختلاف جسامتها تدخل فى اختصاص المحاكم العادية. وهذا هو النظام المطبق فى الدولة الأنجلوسكسونية. وكان يطبقه أيضا الاتحاد السوفيتى مع ملاحظة أن التنظيم القضائى السوفيتى كان يتميز بالطابع السياسى[(٢)].

وفى مصر اقتضت ظروف ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ إنشاء محاكم استثنائية هى محكمة الثورة[(٣)] ومحكمة الغدر[(٤)]. ثم أصبحت محاكم أمن الدولة العليا التى تنشأ بمناسبة إعلان حالة الطوارئ تختص أيضا بنظر الجرائم التى تقع من الأفراد وهى محاكم موقوتة بهذه الحالة. وفى سنة ١٩٦٧ أعيد إنشاء محكمة الثورة بالقرار بقانون رقم ٤٨ سنة ١٩٦٧ للنظر فيما يحيله عليه رئيس الجمهورية من الدعاوى

---

(١) رفضت الحكومة الفرنسية اقتراحا بتعديل الدستور للنص على إنشاء محكمة أمن الدولة. ثم أصدرت قانونا بإنشاء هذه المحكمة فى سنة ١٩٦٣. وعلى هذا النحو، فإن المحكمة المذكورة لها قيمة تشريعية بحتة فى فرنسا. وكانت تعد نوعا من القضاء الطبيعى فى فرنسا لأن مصدرها هو القانون، ولأنها تتميز بالدوام ويغلب عليها التشكيل القضائى. وقد ألغيت هذه المحكمة بالقانون الصادر فى ٤ أغسطس سنة ١٩٨١ ونقل اختصاصها إلى المحاكم العادية مع الإبقاء على محاكم دائمة للقوات المسلحة تختص بالخيانة العظمى والجاسوسية وغيرها من جرائم المساس بالدفاع الوطنى إذا توافر خطر إفشاء أحد أسرار الدفاع الوطنى، ثم ما لبث أن ألغيت هذه المحاكم بالقانون الصادر فى ٢١ يوليو سنة ١٩٨٢.
(CHARVIN, op cit., p. 409)
وقد انتقد كثير من أعضاء البرلمان وبشدة فكرة إنشاء محكمة أمن الدولة وإجراءاتها فقد رأوا فيها وسيلة يمكن أن تستخدمها الحكومة للتقليل - بطريقة حسنة - من المعارضة السياسية وادعوا أن السلطة القضائية الجديدة سوف تجهز على النتائج التى أتى بها قرن من الجهود ومن النضال المتواصل من أجل حماية وتدعيم الحريات الفردية. وعلى عكس ذلك أكد وزير العدل للجمعية الوطنية أن النصوص المقترحة إنما هى مجموعة الأحكام التى تمنع - إلى حد كبير - من التقليد الفرنسى المتحرر وذهب المؤيدون للحكومة إلى القول بأن السلطة القضائية أو المحكمة الجديدة إنما هى محكمة للقانون العام انظر:
Vitu, Une nouvelle juridiction d'éxception, la cour de sûreté l'Etat, Rev. Sc. crim. 1964, p. 1.
ونتيجة للانتقادات التى تعرضت لها هذه المحكمة فقد تم إلغاؤها عام ١٩٨١، بعد فوز الحزب الاشتراكى فى الانتخابات وتولى الرئيس فرنسوا ميتران السلطة. وقد كان إلغاء هذه المحكمة ضمن البرنامج الانتخابى لهذا الحزب.

(٢) MICHEL - HENRY TABRE, op. cit., p.155.

(٣) أنشئت طبقا للأمر الصادر من مجلس قيادة الثورة بتاريخ ١٣ سبتمبر ١٩٥٣.

(٤) أنشئت طبقا للمرسوم بقانون رقم ٣٤٤ سنة ١٩٥٢.

المتعلقة بارتكاب جرائم ذات طابع سياسى[1]، إلى أن جاء الدستور الجديد فى سبتمبر سنة ١٩٧١ فأضفى قيمة دستورية على الطابع القضائى للمحاكم التى نظر جرائم المساس بأمن الدولة، إذ نص فى الفصل الخاص بالسلطة القضائية على أن ينظم القانون ترتيب محاكم أمن الدولة ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها (المادة ١٧). وعلى هذا النحو فإن محاكم أمن الدولة (الدائمة) أصبحت جزءا من السلطة القضائية بنص الدستور، وقد أنشأ المشرع المصرى هذه المحاكم بمقتضى القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠. وبمقتضى المادة الأولى من هذا القانون يجوز أن يضم إلى عضوية هذه المحكمة عضوا من ضباط القوات المسلحة بالقضاء العسكرى برتبة عميد على الأقل، وقد أجاز القانون الطعن فى أحكامها أمام محكمة النقض، أما محكمة أمن الدولة الجزئية فتشكل من قاض ويجوز الطعن فى أحكامها كالشأن بالنسبة لمحاكم الجنح الجزئية العادية[2].

١٥٩ـ النظام الإجرائى لمحاكمة الوزراء

يدق البحث حول النظام الإجرائى لمحاكمة الوزراء عما يرتكبون من جرائم فى أثناء تأدية وظيفتهم.

وإذا نظرنا إلى فرنسا نجد أنه منذ عهد الجمهورية الثالثة (١٨٧٥ ـ ١٩٤٠) تحدد النظام الإجرائى لمحاكمة الوزراء وفقا لدعامتين: (الأولى) هى الاتهام، ويباشره مجلس النواب. (الثانية) هى المحاكمة، ويباشرها مجلس الشيوخ الذى ينعقد بوصفه محكمة عليا للعدالة. إلا أن محاكمة الوزراء لم تنعقد فقط أمام هذه المحكمة، بل أجيز للنيابة العامة توجيه الاتهام للوزراء أمام المحاكم العادية[3]. وفى

---

(١) وقد حددت بأنها الجرائم المنصوص عليها فى الكتاب الثانى من قانون العقوبات أو فى قانون الأحكام العسكرية أو أية جريمة تمس سلامة الدولة داخليا أو خارجيا أيا كان القانون الذى ينص عليها وكذلك الأفعال التى تعد ضد المبادئ التى قامت عليها الثورة.

(٢) نادينا قبل إنشاء محاكم أمن الدولة بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠، بأنه يجب على المشرع عند إنشائها الالتزام بالإجراءات المتبعة فى المحاكم القضائية، وخاصة فيما يتعلق بتشكيلها القضائى البحت وطرق الطعن فى أحكامها. (الشرعية والإجراءات الجنائية ـ طبعة سنة ١٩٧٧ ص ٢١٢).

(٣) وقد لاحظ العميد جورج فيدل أن فكرة القضاء السياسى تجلت بوضوح فى هذا النظام، إذ نظرت هذه المحكمة أفعالا لا تخضع لوصف التجريم فى قانون العقوبات، وطبقت عقوبات لم ترد فى هذا القانون. =

عهد الجمهورية الرابعة الذى بدأ بدستور ١٩٤٦ تم العدول عن صيغة اعتبار مجلس الشيوخ محكمة عليا، وشكلت هذه المحكمة من أعضاء منتخبين من البرلمان، واقتصرت سلطة الاتهام على البرلمان وحده. وتقرر اعتبار هذه المحكمة الجهة الوحيدة المختصة بمحاكمة أعضاء الحكومة عما ينسب إليهم من جنايات أو تهم[(١)].

وفى الجمهورية الخامسة التى بدأت منذ دستور ١٩٥٨ شكلت المحكمة العليا للعدالة «Cour de la Justice de la pépublique» من عدد متساو من أعضاء الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ منتخبين من المجلسين، وتختص هذه المحكمة وحدها دون غيرها بمحاكمة أعضاء الحكومة عن الجنايات والجنح التى تقع منهم فى أثناء ممارستهم وظيفتهم، أما الجرائم التى تقع من الوزراء خارج نطاق ممارسة وظائفهم فيحاكمون بشأنها أمام محاكم القانون العام. إلا أن توجيه الاتهام إليهم يكون بقرار صادر من المجلسين معا. وقد لوحظ صعوبة توافر النصاب الكافى الذى يسمح بتوجيه الاتهام فى هذه الحالة، مما يؤدى إلى سريان ميعاد التقادم على الدعوى الجنائية، ولهذا تم تعديل الدستور الفرنسى سنة ١٩٩٣ وعدل عن تسييس قرار الاتهام، وأسند الاختصاص بفحص ما يرد ضد الوزراء من شكاوى إلى لجنة تسمى بلجنة العرائض، تتكون من سبعة أعضاء: ثلاثة أعضاء من محكمة النقض، وعضوين من مجلس الدولة، وعضوين من هيئة المحاسبات. وتختص هذه اللجنة بفحص كافة ما يرد من شكاوى ضد الوزراء وتقييم ما يترتب على هذا الفحص من إجراءات. فإذا رأت جدية الشكوى أحالتها إلى النائب العام لدى محكمة النقض لكى يوجه الاتهام بشأنها، وذلك بإحالتها إلى «لجنة التحقيق» التى تشكل من قضاة، وتبت هذه اللجنة فى مدى ملاءمة إحالة الشكوى التى تحققها إلى النائب العام لمباشرة الاتهام[(٢)]. وللنائب العام لدى محكمة النقض من تلقاء نفسه

G. Vedel; La poursuite des infractions commises par les ministres endroit Français, centre) = d'études constitutionnelles et administratiyes, La responsabilite pénale des ministres Fédéraux, communautaires et Régionaux, Bruylant, 1997, p. 32).

(١) G. Vedel, op cit., p. 34.

(٢) وقد رأى المجلس الدستورى أن سلطة لجنة العرائض فى تقدير مدى ملاءمة إحالة الشكوى التى تحققها إلى النائب العام وإمكان حفظها فى إطار تقديرها لهذه الملاءمة، لا تخالف الدستور.
Dés no 93-327 Ds, 9 Novembre 1993.

أن يطلب التحقيق من هذه اللجنة دون حاجة إلى إحالة الطلب إليه من لجنة العرائض، إلا أنه فى هذه الحالة يلتزم بالحصول على إذن مسبق من هذه اللجنة.

ووفقا لما تقدم يلاحظ أنه منذ التعديل الدستورى سنة ١٩٩٣ لم يصبح اتهام الوزراء فى أيدى البرلمان (سواء الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ ولا أية جهة سياسية أخرى)، إلا أن مرحلة الحكم بقيت فى أيدى البرلمان من خلال المحكمة العليا للعدالة، والمشكّلة غالبيتها من أعضاء البرلمان[١].

وفى إيطاليا، مر القضاء السياسى بثلاثة مراحل؛ ففى المرحلة الأولى (١٨٦١ - ١٩٤٣) كان اتهام الوزراء حقا لمجلس النواب، وكانت المحاكمة من اختصاص مجلس الشيوخ وحده دون المحاكم العادية. وفى المرحلة الثانية (١٩٤٨ - ١٩٨٩) كان الاتهام بيد أعضاء البرلمان، يقررونه فى جلسة مشتركة (من مجلسى النواب والشيوخ) وكانت المحاكمة تتم أمام المحكمة الدستورية بهيئة خاصة تتكون من أعضاء المحكمة الخمسة عشر بالإضافة إلى ستة عشر عضوا ينتخبهم البرلمان فى جلسته المشتركة من بين الأفراد الذين تتوافر فيهم شروط الترشيح لعضوية مجلس الشيوخ. وفى المرحلة الثالثة (التى بدأت عام ١٩٨٩) اقتصر اختصاص المحكمة الدستورية على نظر الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية، دون الاتهامات الموجهة للوزراء، فقد أصبحت المحاكمة عنها من اختصاص القضاء العادى. وأنشئ جهاز قضائى يختص بالإذن بتوجيه الاتهام، ولهذا الجهاز أن يرفض الإذن بالمحاكمة إذا تبين أن المتهم قد سلك مسلكه بقصد حماية مصلحة دستورية للدولة أو من خلال تحقيق مصلحة عامة عليا فى أثناء ممارسته وظيفته الحكومية. وعلى هذا النحو أصبح العمل من أجل الدولة «Raison d'Etata» سببا يحول دون المحاكمة؛

---

(١) وقد لوحظ أن التعديل الدستورى لسنة ١٩٩٣ قد اختار حلا توفيقيا، بالنظر إلى أن رجال السياسة كانوا يأملون فى دور أكبر فى مرحلة الاتهام وأن رجال القضاء كانوا يأملون فى دور أكبر فى مرحلة الحكم. ولوحظ أيضا أنه وفقا للبروتوكول السابع الذى أضيف إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فإن قرارات لجنة التحقيق، وكذا أحكام المحكمة العليا للعدالة، يمكن أن تكون محلا للطعن بالنقض. وقد انتقد نظام هذه المحكمة لأنه لا يسمح بالادعاء المدنى أمامها، ولا يجيز محاكمة غير الوزراء من الفاعلين معهم والشركاء

Sege Cquinchard et Jacques Buisson, op. cit., p. 486

G. Vedel, op. cit., p. 37.

مما مؤداه أن رفض توجيه الإذن بالمحاكمة يعنى استبعاد وقوع الجريمة فى حق الوزير المتهم(١).

وفى مصر، كان القرار بقانون رقم ٧٩ سنة ١٩٥٨ بإصدار قانون محاكمة الوزراء فى (الإقليمين المصرى والسورى) (فى زمن الوحدة) يسند الاختصاص بمحاكمة الوزراء إلى محكمة قضائية تشكل من بعض مستشارى محكمة النقض فى مصر وبعض مستشارى محكمة التميز فى سوريا. وقد سقط النص الخاص بتشكيل هذه المحكمة بانتهاء الوحدة بين مصر وسوريا، مما يحول دون تطبيق هذا القانون، ولا يجوز تبعيض تشكيل المحكمة بسبب انتهاء الوحدة واستبعاد مستشارى محكمة التمييز؛ لأن تشكيل المحكمة يعكس فلسفة الوحدة التى أسقطها الانفصال.

وقد اتجهت محكمة النقض إلى أن محاكم القانون العام هى صاحبة الولاية لمحاكمة جميع المتهمين مهما كانت صفاتهم عن الجرائم التى يعاقب عليها قانون العقوبات، ولا يحول دون ذلك أن الدستور قد جعل محاكمة الوزراء عن الجرائم التى تقع منهم فى أثناء تأدية أعمال وظيفتهم أو بسببها أمام محكمة خاصة. وذلك لأن مناط حجب اختصاص محاكم القانون العام عن بعض الجرائم يكون عند تحديد المحكمة التى نقل إليها وحدها هذا الاختصاص المحجوب، وهو ما يتوقف على إنشائها قانونا. أما قبل ذلك فإن ولاية هذه المحاكم تمتد إلى الناس جميعا تطبيقا لمبدأ المساواة أمام القانون. وفى هذه الحالة يجوز للنيابة العامة حق تحريك الدعوى الجنائية على الوزراء أمام المحاكم الجنائية العادية ولو عن جرائم وقعت فى أثناء تأدية وظيفتهم. فالمادة ٥٩/ ١ من الدستور قد أعطت لرئيس الجمهورية ولمجلس الشعب حق إحالة الوزير إلى المحاكمة عما يقع منه من جرائم فى أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، ولكنها لم تجعل هذه الإحالة مقصورة عليهما فقط. وخلافا لذلك كانت المادة ٦٦ من الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٢٣ تنص على أن لمجلس النواب (وحده) حق اتهام الوزراء عما يقع منهم من الجرائم فى تأدية وظائفهم وحينئذ لم

---

(١) Alessandro Pizzorusso; La procédure pénale pour infractions des ministres en droit Itaiens, Centre d'études constitutionnelles et administratives, La responsabilité pénale des ministres Fédéraux, communautaires et Régionaux, Bruylant, 1997, pp. 46, 47.

تكن النيابة العامة تملك أى اختصاص فى هذا الشأن لا أمام المحاكم العادية ولا أمام مجلس الأحكام المخصوص الذى كان هو الجهة المختصة بمحاكمة الوزراء[1].

وقد استندت محكمة النقض المصرية فى قضائها إلى أن قانون محاكمة الوزراء رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨ أو أى تشريع آخر قد جاء خلواً من أى نص بإفراد المحكمة العليا دون غيرها بالاختصاص ولائيا بنظر الجرائم التى يرتكبها الوزراء فى أثناء تأدية وظيفتهم أو بسببها، وأن محاكمة الوزير عما يقع منه من جرائم سواء تلك التى نص عليها القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨ أو غيرها تختص بها أصلا المحاكم العادية بحسبانها صاحبة الولاية العامة، أما المحكمة الخاصة التى نص عليها القانون سالف الذكر، فإنها تشاركها فى اختصاصها دون أن تسلبها إياه. وفى هذا المعنى قضت محكمة الثورة فى مصر بأنه إذا كانت (المادة ١٤١) من دستور سنة ١٩٦٤ قد فوضت المشرع فى تعيين الهيئة المختصة بمحاكمة الوزراء، فإنها لم توجب إجراء المحاكمة أمام هيئة واحدة بذاتها بحيث يكون الاختصاص مقصورا عليها دون سواها، أى أن الدستور قد أطلق للمشرع سلطة تعيين هذه الهيئة ولم يقيد سلطته فى هذا الصدد.

كما أشارت محكمة النقض فى قضائها المذكور بأن «لفظ الوزير الوارد فى المادة الأولى من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨، إنما ينصرف لغة ودلالة إلى من يشغل منصب وزير بالفعل بحسبانه عضوا فى التنظيم السياسى الذى يتكون منه مجلس الوزراء»[2]، مما مؤداه أن الموظف العام الذى تكون معاملته المالية مماثلة للمعاملة المقررة للوزير لا يخضع لإجراءات محاكمة الوزراء[3]. والعبرة فى تحديد وصف الوزير بوقت ارتكابه الجريمة[4].

---

(١) نقض ٢١ يونية سنة ١٩٧٩ مجموعة الأحكام س ٣٠ رقم ١٥٣ ص ٧٢٢.
وانظر: على زكى العرابى، المبادئ الأساسية للتحقيقات والإجراءات الجنائية، جـ١ طبعة ١٩٤٠ رقم ٧٨ ص ٦٣.

(٢) GARRAUD, op. cit., T.3, No.944.

(٣) نقض ٢١ يونية سنة ١٩٧٩ سالف الذكر.

(٤) انظر الدكتور محمود نجيب حسنى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٨ بند ٧٧٤، ص ٦٨٨.

ونرى وجوب إصدار قانون يحدد المحكمة المختصة بمحاكمة الوزراء؛ لأن اختصاص محاكم القانون العام بمحاكمتهم يستند إلى مجرد قضاء محكمة النقض فى تأويل القانون، وهو بقدر ما يناله من احترام ليس نصا تشريعيا ملزما، وفى رأينا وجوب أن تكون المحكمة الخاصة بمحاكمة الوزراء مختصة وحدها دون غيرها بمحاكمتهم تقديرا للطابع الخاص بمسئوليتهم والذى يجمع بين الطابع الجنائى والطابع السياسى.

الباب الثالث
المحاكمة المنصفة

الفصــل الأول
نظام المحاكمة المنصفة

١٦٠ - تمهيــد

يقتضى التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة أن تحكم الخصومة الجنائية فى كافة مراحلها قواعد تحفظ هذا التوازن، وهو ما يتطلب ضمان كافة حقوق المتهم والمجنى عليه أمام مختلف هيئات القضاء الجنائى التى لا تبغى غير تحقيق الصالح العام. فإذا كانت هذه الهيئات تعمل على تحقيق المصلحة العامة متمثلة فى كشف الحقيقة وإقرار حق الدولة فى العقاب، فإنها لا يجوز أن تباشر هذا العمل إلا فى إطار نظام قانونى يحقق التوازن بين مصالح مختلف الأطراف والمصلحة العامة.

وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا عن هذا المعنى فى قولها قواعد ضوابط المحاكمة المنصفة، نظام متكامل يتوخى بأسسه صون كرامة الإنسان، وحماية حقوقه، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها، ولضمان تقيد الدولة عند مباشرتها لسلطاتها فى مجال فرض العقوبة بالأغراض النهائية للسياسة العقابية التى ينافيها أن تكون إدانة المتهم هدفا مقصودا لذاته - وجوب التزام هذه القواعد مجموعة من القيم تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التى لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها، ويندرج تحتها أصل البراءة التى حرص الدستور على إبرازها فى المادة ٦٧ منه[1].

---

(١) دستورية عليا فى ٢ فبراير سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى) قاعدة رقم ٢١ ص ١٦٥.

ويتقيد القاضى باتباع هذه الضمانات فى كل ما يتخذه من إجراءات. وتتوقف مشروعية أعماله على هذا المسلك.

وإذا كان القاضى فى سبيل تحقيق العدالة الجنائية - وهى جوهر المصلحة العامة - مكلفا بالوصول إلى الحقيقة لضمان تطبيق قانون العقوبات وتعويض المضرور من الجريمة، فإنه لا يجوز أن يسعى إلى الوصول إلى هذه الحقيقة إلا من خلال إجراءات قانونية (منصفة). والقاضى فى إدارته للدليل أو فى تقديره لقبول الدليل مقيد بمراعاة ما تتطلبه هذه المحاكمة من ضمانات.

ومن هنا يتضح أن نظام المحاكمة المنصفة يعتمد على دعامتين: (الأولى) تتصل بالهدف من المحاكمة. (الثانية) تتصل بالضمانات التى تجعل المحاكمة منصفة.

١٦١ - الهدف من المحاكمة المنصفة

أ - تحقيق المصلحة العامة: تتحدد المصلحة العامة فى إقرار حق الدولة فى العقاب وهو ما يتوقف على على ثبوت وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم.

وهنا تكمن أهم صعوبة فى عمل القاضى، فليس صحيحا أن القاعدة القانونية وحدها هى التى تتحكم فى تحديد مضمون حكم القاضى، بل يلعب استخلاص الوقائع دورا مهما وأساسيا فى تحديد هذا المضمون قبل أن يتم تكييفها طبقا لقاعدة قانونية[1]. وتسهم إجراءات المحاكمة بدور مهم فى هذا الاستخلاص. ولذلك لابد وأن يتوخى التنظيم الإجرائى كشف واقعة الدعوى بمعناها المادى الواقعى (La verité matérielle). ويتحقق ذلك من خلال إجراءات الإثبات المختلفة التى تهيئ جمع الدليل. ويختلف نطاق هذه الإجراءات باختلاف مضمون حق الدولة فى العقاب. ففى النظام التقليدى الذى ينحصر فيه مضمون هذه السلطة على معنى الإيلام المقصود دون اعتبار لشخصية الجانى عند تقدير العقوبة فإن إجراءات الإثبات لا تتوخى غير كشف حقيقة الجريمة فقط.

---

(١) قال سانت توماس الإكوينى (Saint-thomas d'Aquin) إنه إذا كان من الممكن التعرف على القواعد القانونية بوجه عام، فإنه أكثر صعوبة التعرف على موضوع القضية، لأن العمل القضائى الأكثر فى عدم تحديده يشمل الوقائع.

انظر: C. Jauffret-Spinosi, L'élaboration de la décision de justic-presentation (Juges et jugemts: L'europe- L'elaboration de la décision de justice en droit comparé, Paris, 1998, p. 11.

أما فى النظام الحديث على اختلاف اتجاهاته، فإن مضمون حق العقاب عند الحكم به أو تنفيذه يرتبط بشخصية المجرم، ولذلك فإن الحقيقة المطلوب إثباتها ليست مجرد حقيقة الجريمة وإنما الحقيقة الإجرامية (la verité criminologique)، فبقدر هذه الحقيقة سوف تتحدد الشخصية الإجرامية الاجتماعية، ونوع الجزاء الجنائى الذى يختاره القاضى والمعاملة العقابية الملائمة لها.

وتتضاعف أهمية كشف الحقيقة فى الخصومة الجنائية بالنظر إلى تعلقها بحق العقاب وهو أمر يمس حرية المتهم، ولذلك فإن القاضى الجنائى يجب أن يصل إلى معرفة الحقيقة، دون الاكتفاء بما يقدمه الخصوم من أدلة، بل عليه أن يقوم بدور إيجابى فى جمع الدليل وفحصه وتقديره، على أن القاضى لا يهيم فى فراغ عند البحث عن الحقيقة، بل يبحث عنها فى إطار النموذج القانونى للجريمة والمسئولية الجنائية عنها. ولا يجوز للقاضى فى هذا المقام الاقتصاد فى جمع الدليل بهدف الإسراع فى المحاكمة، لأن ذلك ربما يحول دون إنارة الطريق أمامه للوصول إلى الحقيقة. على أن فاعلية العدالة الجنائية بالوصول إلى الحقيقة لا تسمح له باتباع إجراءات تحمى ضمانات هذه الفاعلية بغير احترام ضمانات حق المتهم فى الحرية. وبغير احترام ضمانات الأدلة التى يجمعها أو تعرض عليه لا تكون صالحة فى كشف الحقيقة ما لم يكن تحصيلها ثمرة إجراءات مشروعة.

والحقيقة المقصودة هنا هى الحقيقة الحقة "verité vraié"، وليست الحقيقة النسبية أو المفترضة. وذلك لأن الحقيقة التى تنتهى بالإدانة يجب أن تبنى على اقتناع يقينى بصحة ما تنبنى عليه من وقائع. فالحقيقة لا يمكن توافرها إلا باليقين التام لا بمجرد الظن والاحتمال[(١)]. وبعبارة أخرى، فإن اليقين هو مناط الحقيقة القضائية، وهو الذى يولد فى الوقت ذاته الثقة فى حكم القضاء. واليقين القضائى ليس هو اليقين الشخصى للقاضى وحده، بل هو اليقين الذى يفرض نفسه على القاضى وعلى جميع من يتطلعون بالعقل والمنطق إلى أدلة الدعوى. فيجب أن تخرج الحقيقة التى تلوح فى ذهن القاضى لكى تنتشر فى ضمير الجميع، وهو ما لا يتيسر إلا إذا كان استخلاصها منطقيا. فالعدالة الجنائية هى العدالة التى تتجه إلى أن يؤمن بها الجميع.

---

(١) j. Pradel; les rapports enter l'organisation judiciaire et la procédure pénale en France, Revue international de droit pénale, 1989 p. 801.

ويستوى فى الحقيقة أن تكون فى صالح الاتهام أو فى صالح المتهم، ولذلك فإن إجراءات الكشف عن الحقيقة لا ينبغى أن تتوخى إثبات الإدانة، بقدر ما يجب أن تتسم بالموضوعية. فإذا لم تتوافر الحقيقة التى تنتهى بالإدانة أصبحنا حيال الحقيقة التى يولدها الأصل العام المبنى على قرينة براءة المتهم.

وفى هذا الصدد يتعين التمييز بين أمرين هما: قبول الدليل وإدارة الدليل:

- بالنسبة إلى قبول الدليل، فإنه يتراوح بين نظامين هما نظام الأدلة القانونية ونظام حرية الاقتناع. أما عن نظام الأدلة القانونية، فقد عرف فى عهد الإمبراطورية الرومانية وفى القرون الوسطى بأوروبا وأخذ به القانون الفرنسى القديم. ولا يقود هذا النظام إلى الحقيقة المطلقة الواقعية لأنه يحكم اقتناع القاضى بأدلة قانونية يحددها المشرع سلفا. فلا يتم الاقتناع بحرية فى عملية منطقية، وإنما يصل القاضى إلى الاقتناع من خلال عملية رياضية تتوقف على قواعد محددة يرسمها المشرع(1). فليس للقاضى أن يبحث فى غير الأدلة التى يسمح بها القانون. ولا يجوز له عند توافر هذه الأدلة تجاهل قيمتها أو تقدير حجيتها، بل إن دوره فى هذه الحالة يتمثل فى مجرد التحقق من قيام الأدلة ومراقبة توافرها بشروطها القانونية لكى يقرر بعد ذلك اقتناعه أو عدم اقتناعه فى ضوء توافر الأدلة بشروطها القانونية أو عدم توافر هذه الأدلة أو شروطها. وليس للاقتناع الشخصى أى دور فى تقييم هذا الدليل(2). وهذا النظام فاسد لأنه لا يكشف الحقيقة المطلقة الواقعية المتعلقة بالجريمة ولا الحقيقة الإجرامية المتعلقة بشخص مرتكبها.

أما نظام حرية القاضى فى الاقتناع، فإن القاضى يقدر بحرية قيمة الدليل، ولا يملى عليه المشرع أية حجية معينة للدليل ولا يقيده بالاقتناع إلا من خلال أدلة محددة، بل على القاضى أن يبحث عن الأدلة اللازمة ثم يقدرها فى حرية تامة. على أن هذا التقدير الحر يجب ألا يصل إلى حد التحكم الكامل، فاقتناع القاضى

---

(1) انظر نقض أول مارس سنة ١٩٦٥، ٢٨ يونية سنة ١٩٦٥، ١٩ أكتوبر سنة ١٩٦٥، ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة الأحكام س ١٦ رقم ٣٩، ١٢٧، ١٥٩، ص ١٧٩، ٧٢٤، ٨٣٣. وقد قضت محكمة النقض بأن الإدانة بناء على مجرد الشك فى صحة الدفاع تتنافى مع ما يجب من عدم إقامة الإدانة إلا على أساس يقينى (نقض ١٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد ج ٦ رقم ٤٥٦ ص ٥٩٣).

(2) انظر: ALY RACHED; De l'intime conviction du juge, thése, Paris, 1942, pp. 23 et s.

يجب أن يخضع دائما للعقل والمنطق. ولا يمكن ولا يجوز أن يعنى مبدأ الاقتناع الذاتى للقاضى أكثر من ذلك.

ولا يصح أن يكون معناه إطلاق حرية القاضى فى أن يحل محل أدلة الإثبات تخميناته ومحض تصوراته الشخصية مهما كانت وجاهتها. فإن حرية التثبت أمر يختلف عن التحكم. فالتثبت الحر يعنى أن القاضى حر فى تقييم أدلة الإثبات دون قيد غير واجبه القضائى، وليس معناه أن يقضى بما يشاء فهذا هو التحكم بعينه. وبهذا النظام الثانى أخذ القانون المصرى، فنص فى (المادة ٣٠٢) إجراءات على أن: «يحكم القاضى فى الدعوى حسب العقيدة التى تكونت لديه بكامل حريته». وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض بقولها بأن لمحكمة الموضوع « أن تستخلص صورة الواقعة كما ارتسمت فى وجدانها بطريق الاستنتاج والاستقراء وكافة الممكنات العقلية مادام ذلك سليما متفقا مع حكم العقل والمنطق»[١].

وقد أخذ بذلك أيضا القانون الفرنسى (المادة ٤٢٧ إجراءات) والقانون البلجيكى (المادة ١٥٤) من قانون تحقيق الجنايات، والقانون الإيطالى (المادة ١٨٩ إجراءات). وهناك تشريعات حددت قائمة بالأدلة مثل القانون الهولندى (المادة ٣٣٩) والقانون الألمانى (المواد ٤٨ و ٧١ و ٧٢ و ٨٦ و ٩٢ و ٨٥ و ٢٤٩ و ٢٥٦)، إلا أن القضاء استقر على حرية القاضى فى جمع الدليل وتقديره(٢). على أن حرية القاضى فى الاقتناع مقيدة باحترام شروط شرعية الدليل، فلا يقبل الدليل الذى يكون ثمرة إجراء غير مشروع. وقد أوضحت الحلقة التمهيدية للمؤتمر الدولى الخامس عشر لقانون العقوبات المنعقدة بإسبانيا فى مايو سنة ١٩٩٢ عن حركة تطوير التشريعات الإجرائية وحماية حقوق الإنسان بأن سائر الأدلة التى تجمع بالمخالفة لحق أساسى تعد باطلة ولا يجوز الاعتماد عليها فى أية حالة كانت عليها الإجراءات[٢].

وقد بينا عند بحث «الأصل فى المتهم البراءة» أن هذا الأصل يتطلب أن يصدر الحكم بالإدانة عن يقين قضائى، فلا يكفى مجرد الاقتناع من خلال الترجيح والاحتمال. وقد عبر قضاء المحكمة العليا الأمريكية عن هذا اليقين بمعيار (بدون

---

(١) قضاء مستقر لمحكمة النقض المصرية نقض ٧ مارس سنة ١٩٩٦ مجموعة الأحكام س ١٧ رقم ٥٣ ص ٢٢٦، ٥ يونيو سنة ١٩٦٧ ص ١٨ رقم ١٥٥ ص ٧٧١. ونقض فرنسى مثاله.
Crim., 18 Mars, 1956, bull. No. 83

(٢) J. Pradel, Rapport général, Revue inter, de droit pénal, 1992, p. 18 et 19.

شك مقبول) «beyond reasonable doubt» كما سبق أن بينا عند بحث الأصل فى المتهم البراءة.

- وبالنسبة إلى إدارة الدليل، فإنها تتوقف على تحديد كيفية مباشرة الإجراءات المؤدية إلى الدليل سواء كان دليلا قوليا (مثل سؤال المتهم أو استجوابه، وشهادة الشهود)، أو دليلا ماديا يتمثل فى القرائن التى تستخلص معنى مجهولا من شىء معلوم (مثل المعاينة والتفتيش وتسجيل المحادثات الشخصية ومراقبة المكالمات التليفونية وضبط المراسلات)، أو دليلا فنيا يحدد المدلول الفنى لبعض القرائن (أى الخبرة) فيكشف مثلا ما إذا كان الشىء المضبوط يعد مخدرا، أو يحدد نوع فصيلة الدم، أو مدى تطابق بصمة المتهم مع البصمة المضبوطة فى مكان الحادث. وفى هذا الصدد فإن مباشرة الإجراءات الجنائية تتوقف على النظام الإجرائى الجنائى، والذى يتراوح ما بين نظام التحرى والتنقيب، والنظام الاتهامى، ففى النظام الأول تتولى جهة التحقيق جمع الأدلة بنفسها بعيدا عن الخصوم، بينما فى النظام الثانى يتولى الخصوم أنفسهم تقديم الدليل. وبجانب هذين النظامين يوجد النظام المختلط والذى يجمع بين النظامين فيكون جمع الأدلة بواسطة جهة التحقيق وقاضى الحكم، بالإضافة إلى الخصوم الذين يحق لهم تقديم ما يشاءون من الأدلة.

وننبه إلى أنه إذا لم تكن هناك غير حقيقة واحدة بالنسبة إلى القانون، فإن تحديد حقيقة الواقعة يتوقف على عدة عناصر، منها النظام الإجرائى الذى يحكم جمع الدليل أو إدارته، والتكوين المهنى للقضاة وتأثيره فى استيعاب الوقائع واستخلاصها، والمنطق القانونى الذى يأخذ به القاضى والذى قد يختلف من نظام قانونى إلى آخر، بالإضافة إلى الانتماء الحضارى والثقافى للقاضى. فما القاضى إلا شخص يملك معرفة وثقافة قانونيتين وإنسانيتين، ويعتنق قيما معينة فى ضوء الحضارة التى ينتمى إليها. ومن هنا، يكمن سبب اختلاف القضاة فى استخلاص الوقائع وتقدير اليقين القضائى. ويبدو هذا الاختلاف بوضوح فى النظم القانونية المختلفة التى تختلف فى نظمها الإجرائية وفى جذورها الحضارية[1].

ب - إشباع حقوق المجنى عليه: الأصل أن تعويض المجنى عليه عن الضرر المترتب مباشرة عن الجريمة يعد مسألة مدنية بحتة لا علاقة لها بالدعوى الجنائية.

---

(١) انظر: Camille Jauffret-Spinosi, op. cit., pp. 13, 14.

وقد لاحظت بعض التشريعات أن تحقيق هذا الهدف من خلال الخصومة الجنائية يجب أن يتم من خلال دعوى مدنية تتبع الدعوى الجنائية، بينما رأت تشريعات أخرى وجوب تعويض المجنى عليه من خلال إجراءات مدنية بحتة أمام القضاء المدنى المختص. وقد أخذت بهذا المنهج التشريعات التى تأخذ بنظام الـ «common law» وبالنسبة إلى التشريعات التى اتخذت تعويض المجنى عليه هدفا للخصومة الجنائية، أجاز بعضها للمجنى عليه أن يطالب المحكمة الجنائية بالحكم على المتهم بتعويض الضرر المترتب على الجريمة المرفوعة بها الدعوى. ويقدم هذا الطلب سواء أمام مرحلة الاستدلالات أو مرحلة التحقيق أو مرحلة المحاكمة فى درجتها الأولى. وقد أكد المؤتمر الدولى الحادى عشر لقانون العقوبات حق المجنى عليه فى المطالبة بالتعويض أمام المحكمة الجنائية عن الضرر الذى أصابه من الجريمة[1].

وقد أجازت بعض التشريعات للمحكمة الجنائية أن تقضى بالتعويض للمجنى عليه من تلقاء نفسها فى بعض الحالات، أو أن تقضى بجزاءات جنائية تجمع بين فكرة العقوبة وفكرة التعويض مثل الغرامة الضريبية والغرامة الجمركية.

وقد أخذ القانون المصرى بحق المضرور من الجريمة فى الادعاء بالحقوق المدنية أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الجنائية ورسم إجراءات هذا الادعاء (المواد ٢٥١ وما بعدها إجراءات). ويلاحظ أن هذا الحق لا يملكه مجرد المجنى عليه من الجريمة، وإنما يملكه المضرور من الجريمة سواء كان المجنى عليه أو غيره. كما أنه يتبع فى الفصل فى الدعوى المدنية التى ترفع أمام المحاكم الجنائية الإجراءات المقررة بقانون الإجراءات الجنائية (المادة ٢٦٦ إجراءات)، وهو ما يعنى تمتع المدعى بالحقوق المدنية بكافة الضمانات وأهمها حقوق الدفاع.

وقد أكد قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى حق الادعاء المدنى فى الخصومة الجنائية، وخاصة منذ تعديله فى سنة ١٩٩٣. وجاء القانون رقم ٥١٦ الصادر فى ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ فأكد حقوق المجنى عليه فى الخصومة الجنائية وشمله بمختلف الضمانات، بل أوجب على على مأمورى ومساعدى الضبط القضائى إخطار المجنى عليهم بحقهم فى الحصول على تعويض الضرر الذى أصابهم (المادتان ٥٣-١

---

(١) انظر مؤلفنا عن «الشرعية والإجراءات الجنائية» دار النهضة العربية، طبعة ١٩٧٧.
وانظر: Anne D'Hauteville, Les droit des victimes, Rev. sc. crim. 3001, p. 107.

و٧٥ إجراءات فرنسي) وأوجب على قاضي التحقيق في بداية التحقيق إخطار المجني عليه بحقه في الادعاء المدني (المادة ٨٠ـ٣ إجراءات فرنسي) كما ألزم قاضي التحقيق بإخطار المدعي المدني كل ستة شهور بمدى ما أحرزه التحقيق من تقدم (المادة ١٧٥ـ٣ إجراءات فرنسي).

١٦٢ـ وسائل المحاكمة المنصفة

يتعين لتحقيق الهدف من الخصومة الجنائية اتباع وسائل توازن بين تحقيق الهدف منها وضمان حقوق وحريات المتهم. فهذا التوازن هو الذي يحقق العدالة والإنصاف في الخصومة الجنائية.

إذا نظرنا إلى **الدستور الأمريكي**، نجد أنه قد عبر عن هذه الوسائل بشرط الوسائل القانونية "Due Process". وقد نص على هذا الشرط التعديل الخامس للدستور الأمريكي والذي يسري فقط على الحكومة الأمريكية، والذي طبقه التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي، وهو ما يوفر شرط المحاكمة القانونية أو المنصفة. وقد انحصر الجدل حول ما إذا كان هذا التعديل الدستوري ينصرف إلى جميع ضمانات حقوق الإنسان أم يقتصر على جانب منها فقط(١).

وقد ذهب الاتجاه التقليدي للمحكمة العليا منذ القرن التاسع عشر إلى أن بعض الحقوق (الأساسية) للحرية والعدالة، هي وحدها الحقوق اللازمة للمحاكمة المنصفة (fair trial) وهي التي تتمتع بالقيمة الدستورية. وتأكد هذا الاتجاه في القرن العشرين على يد القضاة (Cardozo, Franafurter, Harlan, Powell). على أنه اعتبارا من سنة ١٩٤٠ ظهر اتجاه معاكس تزعمه القاضي بلاك الذي أصر على أن التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي يحمي جميع الضمانات الخاصة بإعلان الحقوق (The Bill of Rights)، وانتقد غموض اصطلاح القانون الطبيعي الذي استند إليه أغلبية قضاة المحكمة لحماية بعض الحقوق الأساسية للفرد وليس كلها. واستمر الخلاف بين الاتجاهين إلى أن حسمت أغلبية قضاة المحكمة العليا الأمريكية الأمر، واعتنقت معيار (الحقوق الأساسية) الذي أدمج معظم الحقوق الواردة في الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان في نطاق الحماية الدستورية التي قررها التعديل

(١) Genald Gunther, Indıvıduel rights in constitutıonal law, 5 édition, 1992, p. 82 - 92.

الرابع عشر للدستور الأمريكى، ورفض اتجاه القاضى بلاك إلى دمج كل هذه الحقوق فى إطار الحماية الدستورية.

والواقع أن المحكمة العليا الأمريكية قد أخذت بمعيار حقوق الإنسان، فى تحديد المقصود بالحقوق الأساسية. إلا أن التطبيق العملى أدى إلى تقريب الخلاف بين الاتجاهين، فقد تبينت المحكمة العليا الأمريكية أن كل الحقوق الواردة فى إعلان حقوق الإنسان ـ الأمريكية ـ تعد فى الغالب من (الحقوق الأساسية) وتتمتع بالحماية الدستورية. وهى نتيجة توصلت إليها المحكمة بالتطبيق على كل حالة بمفردها دون اللجوء إلى أسلوب التعميم الذى كان قد نادى به القاضى بلاك[1]. وهذه النتيجة لها أبعادها المهمة، لأن التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكى ترجع أهميته إلى سريانه على جميع الولايات الأمريكية ولا يقتصر على النطاق الفيدرالى وحده. وقد استخدمت المحكمة العليا عدة معايير لمعرفة ما إذا كان الحق الذى يعد احترامه فى إطار شرط الوسائل القانونية الذى يحميه التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكى أو لا، وانصرف الاتجاه إلى الأخذ بمعيار «المبادئ الأساسية للحرية والعدالة التى تعد أساسا لكل المؤسسات المدنية والسياسية»[2].

ومن تطبيقات هذه المعايير أن شرط الوسائل القانونية يوجب توفير المحاكمة المنصفة «Fair Trial» وأن هذه المحكمة المنصفة تتوافر بعلانية المحاكمة وسرعتها وعدم جواز محاكمة المتهم أكثر من مرة واحدة «Double Jeopardy» والحق فى مواجهة الشهود وإحضار شهود النفى، ويوجب توفير الضمان القضائى للمتهم، وعدم إكراه التهم للشهادة ضد نفسه، والحق فى الاستعانة بمدافع[3].

وفى فرنسا استقر المجلس الدستورى الفرنسى اعتبارا من عام ١٩٧٠ على أنه يعد مندمجا فى الدستور الفرنسى مجموعة المبادئ العامة التى تتضمنها النصوص المشار إليها فى ديباجة الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٩٥٨ (إعلان حقوق الإنسان

---

(١) قضت المحكمة العليا سنة ١٩٠٨ فى قضية Twening V. New Jersey (211 U.S. 78) أنه من الممكن أن بعض الحقوق الشخصية التى تحميها التعديلات الثمانية الأولى للدستور الأمريكى لها طبيعة تجعلها محمية أيضا تحت شرط الوسائل نص عليه التعديل الرابع عشر للدستور، فتسرى بذلك على الولايات الأمريكية.

(٢) Duncsn V. Louisiana, 391 U.S. 145 (1968).

(٣) انظر: Louis Fisher, American Constitutional low, third edition, 1999, Carolina Academic Press, p. 753-782.

والمواطن سنة ١٧٨٩ ومقدمة دستور ١٩٤٦ التى أشارت إلى المبادئ الأساسية المعترف بها فى قوانين الجمهورية). وقصد بهذه المبادئ الحقوق والحريات التى تؤكدها القواعد العامة[١]. وبهذا اعتنق المجلس الدستورى معيارا موسعا للقواعد التى يرجع إليها لاعتبار النصوص التشريعية مخالفة للدستور[٢] فى مقام تحديد مدلول الحرية الشخصية.

ومن خلال هذا المعيار الواسع، استطاع المجلس الدستورى أن يستخلص الضمانات التى يجب أن توفرها وسائل تحقيق الهدف من الخصومة الجنائية، والتى بها تتوافر المحاكمة القانونية أو المنصفة التى تعد لازمة لأصل البراءة. وكان أهمها حقوق الدفاع، فقد أكد المجلس الدستورى أن حقوق الدفاع (تستخلص من المبادئ الأساسية المعترف بها فى قوانين الجمهورية)، ولها قيمة دستورية[٣]. وقرر بأنه لا يجوز تطبيق القانون ما لم يضمن هذا القانون حقوق الدفاع[٤].

وفى مصر استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر على استعمال تعبير المحاكمة المنصفة بدلا من تعبير المحاكمة القانونية الذى استعمله الدستور المصرى (المادة ٦٧)، متأثرا فى ذلك بذات التعبير الذى استخدمه الإعلان العالمى لحقوق الإنسان. وبالنسبة لمعيار المحاكمة المنصفة، فقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنه ينصرف إلى مجموعة من الضمانات الأساسية التى تكفل بتكاملها مفهوما للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمول بها فى الدول المتحضرة. فهى بذلك تتصل بتشكيل المحكمة وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها وكيفية تطبيقها من الناحية العملية. كما أنها تعد فى النطاق الجنائى وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التى قضى الدستور فى المادة ٤١ منه بأنها من الحقوق الطبيعية التى لا يجوز الإخلال بها أو تقييدها بالمخالفة لأحكامه، فلا يجوز بالتالى تفسير هذه القاعدة تفسيرا ضيقا، إذ هى ضمان مبدئى لرد العدوان عن حقوق الفرد وحريته الأساسية، وهى التى تكفل تمتعه بها فى إطار من الفرص

(١) انظر: Raport Français, Droit costitutionnel et droit de l'homme, op. cit., p. 263.
Français Luchaire, la protection constitutionnelle des droits et des libertés, op. cit., p. 31.
وانظر قرار المجلس الدستورى الفرنسى الصادر فى ١٦ يولية ١٩٧١.

(٢) Français Luchaire, op. cit., p. 38

(٣) Cc. 21 et 20 Janvier 1981, p. 308.

(٤) Cc. 2 déc. 1976, p. 39.

المتكافئة. وتتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة فى مجموعة من القواعد المبدئية التى تعكس مضامينها نظاما متكامل الملامح يتوخى بالأسس التى يقوم عليها صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية. . يتعين أن تلتزم هذه القواعد بمجموعة من القيم التى تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التى لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها. . . [(1)].

وواضح من هذا القضاء أن وسائل المحاكمة المنصفة فى نظر المحكمة الدستورية العليا تتميز بثلاث خصائص هى:

(١) توخى الأسس التى يقوم عليها صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه «الأساسية»، أى الحقوق التى يحميها الدستور. ونلاحظ فى هذا الصدد أن المحكمة الدستورية العليا قد استخدمت تعبير الحقوق الأساسية، وهو اصطلاح لم يرد فى الدستور المصرى

(٢) الصلة بالحرية الشخصية.

(٣) اعتمادها على قيم دستورية تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية.

وهذه العناصر الثلاثة تؤكد أن المحاكمة المنصفة لابد أن تكفل الضمانات الدستورية للحقوق والحريات فى وسائل تحقيق الهدف من هذه المحاكمة، وكلها تنبثق من احترام كرامة الإنسان وهو ما يوجب احترام الحرية الشخصية، وكفالة سائر حقوق المتهم. ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا قد جرت عبارات أحكامها على ما مؤداه أن المحاكمة المنصفة تحتوى على مجموعة من الضمانات الأساسية التى تكفل بتكاملها مفهوما للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمولة بها فى الدول المتحضرة. وهو ما يشير إلى الربط بين مفهوم العدالة وضمانات هذه المحاكمة.

---

(١) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٢، فى القضية رقم ٢٠ لسنة ١٠ قضائية، وفى هذا المعنى دستورية عليا فى ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٤ فى ٢٣ مارس سنة ١٩٩٢، ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية، «دستورية».
وقد أكدت المادة ٧ من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية على حماية الكرامة الإنسانية «dignité humaine» وكذلك المادة ٣ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وتطبيقا لهذه الاتفاقية قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن إذلال الفرد «humifier l'individu» يعد معيارا للمساس بالكرامة الإنسانية. CESH, 16 Déc 1997, Raninen c/Finlande JCP 1998.1.107

ويرتبط مفهوم العدالة الجنائية بالكشف عن الحقيقة وهى أمر لابد أن يعتمد إثباته على دليل مشروع، أى دليل يستخلص من إجراءات تحترم فيها ضمانات المحاكمة المنصفة. ومن ثم، فإن هناك ربطا وثيقا بين الحقيقة التى تكون أساسا للحكم بالإدانة الوصول إليها، وبين ضمانات المحاكمة المنصفة. فما المقصود بالحقيقة التى تتوخاها المحاكمة من خلال ضمانات المحاكمة المنصفة؟

١٦٣ـ تحديد الضمانات فى المحاكمة المنصفة

المحاكمة المنصفة هى ضمان دستورى فى حد ذاتها أكدته المادة ٦٧ من الدستور المصرى. وهذا الضمان يتكامل مع عدد آخر من الضمانات توفر له فاعليته، وهى: الأصل فى المتهم البراءة (المادة ٦٧ من الدستور) والضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية (المواد ٦٦ و٦٨ و٧٠ من الدستور). وقد سبق أن بحثنا فيما تقدم المقصود بهذين الضمانين، وبالإضافة إليهما توجد ضمانات دستورية أخرى، منها ما يحكم الخصومة الجنائية بجميع مراحلها، وأخرى تحكم مرحلة المحاكمة فى هذه الخصومة. وسوف نبحث فيما يتقدم هذه النوعين من الضمانات.

النوع الأول: ضمانات عامة تسرى على الخصومة الجنائية بجميع مراحلها (الاتهام، والتحقيق، والمحاكمة)، وتتمثل هذه الضمانات فيما يأتى:

١ ـ المساواة فى الأسلحة، وينبثق هذا الضمان من مبدأ المساواة (المادة ٤٠ من الدستور).

٢ ـ احترام الحرية الشخصية (المواد ٤١ و٤٢ و٤٤ و٤٥ و٥٧ و٧١ من الدستور).

٣ ـ احترام حقوق الدفاع (المادتان ٦٧/ ١ و٦٩/ ١ من الدستور).

٤ ـ سرعة المحاكمة (المادة ٦٨/ ١ من الدستور).

---

(١) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨، القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد رقم ١٢ فى ١٩ مارس سنة ١٩٩٨، ٥ ديسمبر سنة ١٩٩٨ القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية» العدد رقم (٥٠ تابع) فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٩٨، ٣ إبريل سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية، العدد رقم ١٥ فى ١٥ إبريل سنة ١٩٩٩.

(٢) دستورية عليا فى ٢ فبراير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥، المجلد الأول ص ١٨٥.

النوع الثاني: ضمانات خاصة بمرحلة المحاكمة بالمعنى الضيق الذى يرمز إلى التحقيق النهائى الذى يعقبه الحكم وسائر إجراءات الطعن فيه. وتتمثل هذه الضمانات فيما يأتى:

١ ـ علانية إجراءات المحاكمة (المادة ١٦٩ من الدستور)

٢ ـ لا عقوبة بغير حكم قضائى.

٣ ـ تسبيب الأحكام.

٤ ـ عدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة واحدة.

٥ ـ تنفيذ الأحكام.

وتمتد هذه الضمانات ـ كما أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر ـ إلى كل خصومة قضائية أيا كانت طبيعة موضوعها، جنائيا كان أو مدنيا أو تأديبيا [١]. إلا أن هذه الضمانات فى واقع الأمر تعتبر أكثر لزوما فى الدعوى الجنائية[٢].

---

(١) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨، القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد رقم ١٢ فى ١٩ مارس سنة ١٩٩٨، ٥ ديسمبر سنة ١٩٩٨ القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية» العدد رقم (٥٠ تابع) فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٩٨، ٣ إبريل سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية، العدد رقم ١٥ فى ١٥ إبريل سنة ١٩٩٩.

(٢) دستورية عليا فى ٢ فبراير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥، المجلد الأول ص ١٨٥.

الفصل الثانى

الضمانات العامة للمحاكمة المنصفة

١٦٤ـ نطاقها

تسرى هذه الضمانات العامة على الخصومة الجنائية بأسرها، فهى لا تنصرف إلى «المحاكمة» بمعناها الضيق كمرحلة من مراحل الخصومة. ولهذا فإن المحاكمة المنصفة تنصرف إلى مطلق الخصومة الجنائية بوصفها مجموعة من الإجراءات تبدأ بمرحلة الاتهام وتنتهى بالحكم البات.

وفيما يأتى ندرس كلا من هذه الضمانات.

المبحث الأول

المساواة فى الأسلحة (الوسائل) بين أطراف الخصومة

١٦٥ - الأصل الدستورى للمساواة فى الأسلحة

ينبثق هذا الضمان من ضمان دستورى عام يسرى على جميع الحقوق والحريات ولا يقتصر على ما يتعلق بالخصومة الجنائية، وهو مبدأ المساواة. وهو من مبادئ الإعلان العالمى لحقوق الإنسان (المادة ١٠) والتى أكدها العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية سنة ١٩٦٦ (المادة ١٤/ ١). وقد عنى هذا العهد الدولى بإبراز المساواة فى الأسلحة بين أطراف الدعوى الجنائية لتطبيق مبدأ المساواة فنصت الفقرة الثالثة من مادته الرابعة عشر على أن لكل فرد عند النظر فى أى تهمة جنائية ضده الحق فى حد أدنى من الضمانات على سبيل المساواة التامة. وقد أكد الدستور المصرى على مبدأ المساواة فى المادة ٤٠ منه.

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية على أن المساواة كضمان دستورى ليست مساواة حسابية، بل يملك المشرع بسلطته التقديرية ولمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية التى يتساوى بها الأفراد أمام القانون[1].

ويتحدد نطاق مبدأ المساواة بالمساواة أمام القانون وفى داخل القانون، وبواسطة القانون[2].

---

(١) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٨١ فى القضية رقم ٧ لسنة ١ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ١ ص ١٦١. دستورية عليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٢ فى القضية رقم ١٠ لسنة ١ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٣ ص ١٧٦. دستورية عليا فى ٢١ مايو سنة ١٩٨٩ فى القضية رقم ١٦ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٤ ص ٢٤٠. دستورية عليا فى ٤ مايو سنة ١٩٩١ فى القضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة رقم ٤٢ ص ٣٥١. دستورية عليا فى ١٤ مارس سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية «دستورية». دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية «دستورية».

(٢) انظر للمؤلف «الحماية الدستورية للحقوق والحريات» طبعة ٢٠٠٠ ص ١١٥.

ويقصد بالمساواة أمام القانون أن تطبقه السلطة المختصة بتطبيق القانون بنفس الطريقة على الجميع مهما كانت مستوياتهم، باعتبار أن القانون بقواعده العامة المجردة ينطبق على الجميع بغير استثناء. فإذا قام التماثل فى المراكز القانونية التى تنتظم بعض فئات المواطنين، وتساووا بالتالى فى العناصر التى تكونها - استوجب ذلك وحدة القاعدة القانونية التى ينبغى أن تنظمهم. ويخضع تطبيق هذا النوع من المساواة لرقابة القضاء العادى.

أما المساواة داخل القانون فيحققها المشرع بتقرير شروط موضوعية لتماثل المراكز القانونية التى تلقى معاملة واحدة. وهنا يجدر التنبيه إلى دور المشرع فى تحديد التماثل بين المراكز القانونية والذى يجب أن يرتكز على أسس موضوعية تتفق مع كل من الهدف من القانون والمصلحة العامة. فإذا حقق المشرع اختلافا فى المراكز القانونية فى ضوء هذين المحورين - استتبع ذلك اختلاف القاعدة القانونية التى تحكم هذه المراكز بما يستتبع اختلاف المعاملة القانونية لأصحاب هذه المراكز.

وتتحقق المساواة بواسطة القانون من خلال المشرع حين يقرر القانون معاملة مختلفة للمراكز القانونية المختلفة، فتتحقق المساواة بتحقق الاختلاف فى المعاملة بين المختلفين أو حين يقرر معاملة مختلفة لأصحاب المراكز القانونية المتماثلة إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة[١]. كما تخضع المساواة بواسطة القانون من خلال التناسب فى المعاملة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة، فالمقصود بالمساواة لا ينصرف إلى المساواة الحسابية[٢]، كما أنه فى ذات الوقت لا يتفق مع التحكم فى المعاملة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة[٣]. والتحكم المرفوض هو كل شيء لا يمكن قبوله بالمنطق والعقل. ويجب أن ترتبط المعاملة القانونية المتماثلة مع الهدف من القانون. على أنه يمكن الخروج عن هذه المعاملة المتماثلة - كما بينا - إذا

---

(١) انظر فى تأكيد ذلك: دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ٢٠٠٠، فى القضية رقم ٢٢٧ لسنة ٢١ قضائية دستورية.

(٢) انظر للمؤلف: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط ٢٠٠٠، ص ١٢٣.

(٣) انظر: G. Vedel, "L'égalité, déclaration des droit de l'homme et du citoyen de 1789, ses origenes, se pérennité", la documentetion française, Paris, 1990,p. 171.

وانظر فى القضاء الأمريكى: Laurence H. Trib A,erican constitutional law, second edition, Mineala, New York7 1988, p. 1493.

اقتضت ذلك المصلحة العامة وفى هذه الحالة يكون التناسب مع المصلحة العامة(١).

وقضت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا كان النص المطعون فيه (المادة ٢٠٨ مكررا (أ) من قانون الإجراءات الجنائية قد أجاز فرض قيود على أموال الأشخاص الذين توافرت من خلال التحقيق معهم دلائل كافية على تورطهم فى إحدى الجرائم التى عينها تحول دون إدارتهم لها أو تصرفهم فيها، وهى قيود لا سند لها من النصوص الدستورية ذاتها مايزا بذلك بين هؤلاء وغيرهم من المواطنين، بل بينهم وبين غيرهم من المتهمين المدعى ارتكابهم جرائم أخرى غير التى حددها هذا النص، وكان هؤلاء، وهؤلاء يضمهم جميعا مركز قانونى واحد، هو افتراض براءتهم، وكان مناط فرض القيود عليهم مبناه قيام دلائل كافية من التحقيق على رجحان الاتهام، فإن التمييز بينهم يكون منافيا لمبدأ المساواة(٢).

وقضت المحكمة الدستورية العليا أن النص الذى يمنح الطرف الذى يتقدم بطلب تنفيذ حكم المحكمة الحق فى التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ ليثبت توافر طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم على الضوابط الثلاثة التى تطلبها القانون (البند ٢ من المادة ٥٨ من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية) وحرمانه الطرف الآخر فى خصومة التحكيم مكنة التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ لينفى فى المقابل توافر طلب الأمر بالتنفيذ على الضوابط عنها، هذا النص يكون قد مايز فى مجال ممارسة حق التقاضى بين المواطنين المتكافئة مراكزهم القانونية دون أن يستند هذا التمييز إلى أسس موضوعية تقتضيه، مما يمثل إخلالا بمبدأ المساواة(٣).

كما قضت بأن التماثل فى المراكز القانونية لأعضاء الهيئات القضائية يوجب مساواتهم معا فى مجال حق التقاضى من حيث اختصاص المحاكم وحدها بالفصل فى المنازعات الإدارية المتعلقة بأعضائها(٣).

---

(١) انظر فى عدم توافر المصلحة العامة كمبرر للاختلاف فى المعاملة:

Déc. n° 2001-452 Dc du 6 Décembre 2001.

(٢) دستورية عليا فى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٩٦ العدد (٤١).

(٣) دستورية عليا فى ٦ يناير سنة ٢٠٠١ فى القضية رقم ٩٢ لسنة ٢١ قضائية «دستورية».

(٤) دستورية عليا فى ٤ أغسطس سنة ٢٠٠١ فى القضية رقم ٥ لسنة ٢٢ قضائية «دستورية».

وقرر المجلس الدستورى عدم دستورية القانون الذى يجيز لرئيس المحكمة الابتدائية إحالة الدعوى إما إلى محكمة من قاض واحد أو إلى محكمة من ثلاثة قضاة دون تقيد بمعيار معين، وذلك باعتبار أن هذا النص قد خالف المبدأ الدستورى الذى ينص على المساواة أمام القضاء. وقال المجلس إن هذا المبدأ لا يقوم بذاته، وإنما هو على العكس من ذلك يندرج داخل إطار مبدأ المساواة أمام القانون الذى نادى به إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان سنة ١٧٨٩[١].

ويلاحظ أن قرار المجلس الدستورى الفرنسى فى هذه القضية الأخيرة قد تطلب فى المساواة أن تكون بين المراكز القانونية الواحدة، وأضاف بأنه يتعين على المحكمة تحديد المراكز القانونية التى ينطبق عليها مبدأ المساواة أمام القضاء، فإذا ثبت أن النص ينطبق على جميع المتهمين دون تمييز، فإن المشرع لا يستطيع السماح بمحاكمة بعضهم دون غيرهم أمام محكمة من ثلاثة قضاة - وإلا انطوى على الإخلال بمبدأ المساواة، نظرا لوحدة المراكز القانونية للمتهمين الذين يجرى التمييز بينهم، أو كما قال المجلس الدستورى الفرنسى أمام «مواطنين يوجدون فى ظروف متشابهة ويتهمون عن جرائم واحدة». فالاختلاف فى المعاملة بين المتهمين يجب أن يتم وفقا لمعيار موضوعى ومقبول، يتفق مع الغاية من القانون.

وقد تبين من تلك القضية الأخيرة التى عرضت على المجلس الدستورى فى فرنسا أن القانون لم ينهض على معيار يسمح بتحديد نوع القضايا التى يمكن إحالتها إلى محكمة من قاض واحد وتلك التى يمكن إحالتها إلى محكمة من ثلاثة قضاة، بل ترك الأمر لرئيس المحكمة الابتدائية دون معيار موضوعى لكى يمارس سلطته فى الإحالة بطريقة تقديرية[٢].

وفى هذا المعنى قرر المجلس الدستورى أيضا أنه يجب التوفيق بين مبدأ المساواة أمام القضاء ومبدأ تفريد العقاب، وأنه لا يتناقض مع مبدأ المساواة أن ينص القانون على إعطاء القاضى سلطة تقديرية واسعة فى تحديد العقاب وأن يتضمن قواعد تضمن العقاب الفعال عن الجرائم[٣].

(١) انظر: Décision No. 75 - 56, du 23 juillet 1975, Rec. op. cit., p. 32.

(٢) Décision No. 93 - 326, Dc Rec. jur const., p. 32.

(٣) دستورية عليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ فى طلب التفسير المقيد بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١ لسنة ١٥ قضائية (تفسير) الجريدة الرسمية العدد ٤ (مكررا) فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣.

وقرر المجلس الدستورى أيضا بأن القواعد المتعلقة بتنفيذ العقوبات لا تتناقض مع مبدأ المساواة[1]، وأنه يمكن تصنيف المحكوم عليهم فى السجن بإخضاعهم لأنظمة عقابية مختلفة ما لم يكن المحكوم عليهم مقضيا عليهم بعقوبة من نوع واحد فإنهم يخضعون لنظام عقابى واحد عند توافر شروط تطبيقه[2].

والخلاصة، فإن المساواة كأصل دستورى للمساواة فى الأسلحة يقصد بها المساواة القائمة على طريقة منطقية معقولة بين حماية الحقوق والحريات التى يقررها القانون لأصحاب المراكز القانونية المتماثلة وبين كل من الهدف من القانون والمصلحة العامة[3].

١٦٦ـ المقصود بالمساواة فى الأسلحة بين أطراف الخصومة

ويتحدد مدلول التوازن بين حقوق أطراف الخصومة فى تمتع أصحاب المراكز القانونية أى أطراف الدعوى الجنائية بذات الحقوق والحريات. فمتى حرم أحدهم من هذه الحقوق والحريات التى كفلها الدستور، بينما تمتع بها الآخر، كان النص القانونى الذى أقام هذا التمييز مخالفا لمبدأ المساواة فضلا عن مخالفته للحقوق والحريات التى أهدرها هذا النص. وهو ما أطلق عليه فى المؤتمر الدولى الثانى عشر لقانون العقوبات (هامبورج ١٩٧٩) مبدأ المساواة فى الأسلحة "L'égalité des armes"[4]. ولا يعنى التوازن بين الحقوق أن يرسم النص حق الدفاع فى ممارسة حقوقه، بل يجب أن يشتمل على تمكينه من هذا الحق بالقدر الضرورى الذى يتفق مع المقتضيات العامة للمحاكمة المنصفة. وقد أشارت المحكمة الدستورية العليا فى مصر إلى هذا التوازن، فقالت فى أحد أحكامها بعدم جواز الإخلال فى إطار

---

(١) Cc. 22 Novembre 1978, p. 33.

(٢) Cc. 27 Juillet 1978, p. 32

(٣) انظر تفصيل ذلك فى مؤلفنا عن «الحماية الدستورية للحقوق والحريات» ص ١٢٦ـ١٣٨.

(٤) استخدم القانون الفرنسى الصادر فى ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ بشأن قرينة البراءة التوازن بين حقوق الخصوم وتجنب استخدام عبارة المساواة فى الأسلحة. وقال برادل إن هذا التجنب راعى المركز الخاص الذى تشغله النيابة العامة بوصفها مدافعة عن المصلحة العامة، بخلاف الخصوم الآخرين.
انظر: J Pradel, Revue pémitertiaire, et droit pénal, Janrvire- Mars 2001.

المحاكمة المنصفة «بضمانة الدفاع التى تتكافأ للخصوم معها أسلحتها egality of armes»[1].

وقد استقر القضاء الفرنسى على أن المساواة فى الأسلحة تتطلب أن تكون المساواة معقولة وليست مساواة رياضية لا تتحقق فيها المصلحة العامة. وبناء على ذلك، قضى بأنه لا يجوز للمتهم أن يتمسك بالإخلال بمبدأ المساواة فى الأسلحة، على أساس أن محاميه ترافع لمدة أقل مما أتيح لمحامى المدعى المدنى وللنيابة العامة[2]، وقضى بأنه لا يعد إخلالا لهذه المساواة رفض محكمة الجنايات توجيه المتهم أسئلة إلى أحد الشهود[3]، وقضى بأن رفض استدعاء سماع أحد الشهود بناء على تسبيب معقول (مثل تعرضه للتخويف والضغط أو الانتقام) لا يعد إخلالا بالمساواة فى الأسلحة[4]. وقضى بأن المساواة فى الأسلحة يسرى على كل طرف فى الدعوى الجنائية سواء كان هو المتهم أو المدعى بالحق المدنى[5]. وحكم بأنه يعد إخلالا بمبدأ المساواة تأييد غرفة المشورة للأمر بحبس المتهم بعد سماع أقوال المدعى المدنى دون سماع أقوال المتهم[6]، وحكم بأن احترام حقوق الدفاع ينطوى على وجود إجراءات عادلة ومنصفة تكفل التوازن بين حقوق الخصوم[7].

وقد أكد هذا المبدأ المؤتمر الثانى عشر لقانون العقوبات المنعقد فى هامبورج سنة ١٩٧٩. فقرر بأن الدفاع يجب أن يكون طرفا جوهريا فى الإجراءات وأن يملك وسائل فعالة لمواجهة أى - أو كل - أدلة الإثبات من الاتهام وأن يقدم ما يثبت دفاعه.

وقد أكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بوضوح مبدأ المساواة فى الأسلحة بين المتهم والنيابة العامة بوصفها ممثلا للاتهام، وأنه لا يعنى النظر إلى العلاقة بين النيابة العامة والمتهم بوصفها علاقة نزاع بينهما، وإنما يتحدد المبدأ بالنظر إلى

---

(١) دستورية عليا فى ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٧ ص ١٠٦.

(٢) Crim., 1 er Juin 1995, Bull. No. 202

(٣) Crim., 14 Mai 1996, Bull. No. 202.

(٤) Crim., 8 Février 1990, Bull. No. 70.

(٥) Crim., 7 Mai 1996, Bull. No. 190.

(٦) Crim., 18 Décembre 1996, Bull. No. 476.

(٧) 89-260 Décision du 28 juillet 1989, Recueil juris. const., p. 365.

المصالح التى يدافع عنها كل من الطرفين فى معظم الأحوال، مما يتطلب إعطاءها ذات الاهتمام(١). وأكدت أن كل خصم فى الدعوى يجب أن تتوافر له إمكانية معقولة لتقديم قضيته أمام المحكمة فى ظروف لا تسىء إليه بالنظر إلى خصمه فى الدعوى(٢).

ويلاحظ اختلاف مركز الاتهام عن مركز الدفاع فى أوجه مختلفة. فالدفاع له الحق فى الإحاطة بالتهمة والوقائع التى تستند إليها وأن يستفيد من قرينة البراءة.

ومن ناحية أخرى فإن القائم على سلطة الاتهام حينما يمارس سلطة التحقيق كما هى الحال يملك بحكم هذه السلطة بعض وسائل القوة لاستخدامها، وخاصة سلطات القبض أو الحبس الاحتياطى فى النظام الذى يعطى للنيابة العامة سلطة الجمع بين الاتهام والتحقيق. كما أن المتهم يملك الحق فى الصمت، بل يملك فى سبيل تفنيد أدلة الاتهام أن يأتى بأدلة غير مشروعة، وهو ما لا يملكه الاتهام الذى يتقيد بالأدلة المشروعة فى أعماله، فضلا عما يلتزم به الاتهام من موضوعية فى آرائه وتصرفاته وهو ما لا يلتزم به الدفاع. فالاتهام ليس عدوا للدفاع، بل يجب أن يشارك متوازنًا معه فى أثناء المحاكمة من أجل إثبات الحقيقة لضمان فاعلية العدالة. وهذا التوازن يجد أساسه الدستورى فى قرينة البراءة (المادة ٦٧/ ١ من الدستور).

ويلاحظ أن المقصود هو التوازن بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام، حتى لا تتحول الإجراءات إلى وثيقة اتهام مستمرة يقف أمامها المتهم موقف الإذعان أو الخضوع، مما يعد مناقضا لأصل البراءة. ولذا يجب أن يكون التوازن بقدر يحمى حق الدفاع فى مواجهة حقوق الاتهام. وتبدو هذه الحالة ملحة فى مرحلة التحقيق فى النظام الإجرائى المصرى حيث تجمع النيابة العامة فى يديها سلطات الاتهام والتحقيق فى وقت واحد. وإذا كان هذا الاعتبار قد اقتضته المصلحة العامة إلا أنه

---

(١) مشارا إليه فى مؤلف:

Marc Verdussen Arrét Borgers du 30 Octobre 1991, op. cit., p. 342, 343.

وقد قضت بأن المساواة فى الأسلحة تتطلب تمكين كل طرف فى الخصومة الجنائية إمكانية معقولة فى تقديم قضية بما فى ذلك أدلته، فى ظروف لا تضعه فى وضع أقل من وضع خصمه (CEDH, 27 Oct. 1993, J.C.P. 1994, 1, 3742).

(٢) CEDH, 27 Oct. 1993, Sériel, no. 274; Gaz. Pal. 19 Juill 1994.

لا يجوز التذرع بهذه المصلحة للعدوان على حق الدفاع والمساس به بصورة تجعل التحقيق مرحلة مطولة من الإجراءات لصالح الاتهام(١).

وتطبيقا لهذا المبدأ، قضت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بأن الدستور قد كفل حق الدفاع، وأن الحق فى اختيار المحامى الذى يطمئن إليه الموكل ويثق فيه يلعب دورا متميزا سواء فى مجال فاعليته المعنوية التى يقدمها الوكيل إلى موكله أو بوصفه دورا متكاملا فى مجال ضمان إدارة أفضل العدالة، وأن المساواة أمام القانون مؤداها ألا يخل المشرع بمبدأ الحماية القانونية المتكافئة فيما بين الأشخاص المتماثلة مراكزهم القانونية، فى حين حرم النص التشريعى المطعون فيه (المادة ١٥ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣) الفئة التى شملها الحظر من الحق الذى كفله لغيرهم من المحامين، دون أن يستند فى التمييز بين هاتين الفئتين إلى مصلحة مشروعة، بل عمد إلى نقيضها، فإن هذا التمييز يكون مفتقرا إلى الأسس الموضوعية التى تبرره، ويكون بالتالى تحكميا ومنهيا عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور(٢).

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن إعطاء النائب العام وحده حق استئناف بعض الأحكام فى مسائل المخالفات يتعارض مع المساواة فى الالتجاء إلى طرق الطعن(٣).

وقد قرر المجلس الدستورى فى فرنسا أنه من حق المشرع أن ينص على قواعد للإجراءات الجنائية تختلف باختلاف الوقائع والمراكز والأشخاص التى تنطبق عليهم، بشرط ألا يعبر الاختلاف عن تمييز لا مبرر له وأن يكون مكفولا بضمانات

---

(١) يلاحظ أن القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ قضى بتعديل بعض نصوص قوانين العقوبات والإجراءات الجنائية وإنشاء محاكم أمن الدولة وسرية الحسابات بالبنوك والأسلحة الذخائر أضاف مادة جديدة تحمل اسم المادة ٧ مكررا إلى القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ تقضى بأن يكون للنيابة العامة فى تحقيق الجرائم المنصوص عليها فى القسم الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من قانون العقوبات - بالإضافة إلى الاختصاصات المقررة لها - سلطات قاضى التحقيق، وسلطة محكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة مشورة - يكون قد أعطى تفوقا للنيابة العامة بوصفها سلطة تحقيق تجمع بينها وبين سلطة الاتهام.

(٢) دستورية عليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ .

(٣) Cass. crim. 6 Mai 1997, J.C.P.1995.II. 10056.

Décision 73 - 51, du 27 Décembre 1973, Rec. jur. const., 28.

متساوية للمتقاضين، وهو ما يتوافر بالسماح بإدخال الدعوى حوزة محكمة الجنح مباشرة[١]. وقضى بعدم دستورية النص الذى يسمح للمدعى المدنى أمام محكمة الجنح أن يقدم طلبات جديدة أمام محكمة الجنح المستأنفة أو أن يدعى أمامها لأول مرة، وذلك لأن هذه الرخصة تمس بمبدأ المساواة المتهمين أمام القضاء لأن حقهم فى التمتع بمبدأ التقاضى على درجتين فيما يتعلق بالحقوق المدنية يتوقف على سلوك المدعى المدنى[٢].

ولهذا قرر المجلس الدستورى فى فرنسا بأن من حق المشرع وضع إجراءات مختلفة وفقا للوقائع والأحوال والأشخاص التى تنطبق عليهم، طالما أن هذا الاختلاف لا يعبر عن تمييز لا يوجد ما يبرره، وطالما أن الإجراءات على اختلافها مكفولة بالنسبة إلى جميع من تسرى عليهم بضمانات متساوية، وخاصة فيما يتعلق باحترام حق الدفاع[٣].

وقد لوحظ من استقراء قرارات المجلس الدستورى أنه قد استخلص عدم احترام مبدأ المساواة فى ضوء اختلاف المعاملة بالنسبة إلى حقوق الدفاع. وقد تجلى ذلك بوضوح عام ١٩٩٣ حين قرر المجلس الدستورى عدم دستورية نص يمنع المقبوض عليهم فى بعض الجرائم المرتبطة بجرائم معينة هى جرائم المخدرات والإرهاب من الحق فى الاستعانة بمحام فى فترة القبض عليهم "Garde à vue"[٤].

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر، أن الناس لا يتمايزون فيما بينهم فى مجال حقهم فى اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى، ولا فى نطاق القواعد الموضوعية والإجرائية التى تحكم الخصومة عينها، ولا فى فعالية ضمانة الدفاع التى يكفلها الدستور للحقوق التى تطلبوها، ولا فى اقتضائها وفق مقاييس واحدة عند توافر شروط طلبها، ولا فى طرق الطعن التى تنتظمها، بل يجب أن يكون للحقوق ذاتها، قواعد موحدة سواء فى مجال التداعى بشأنها، أو الدفاع عنها، أو

---

(١) Décision No.80 - 127 Dc 19 et 20 Janvier 1981, (Sécurité et liberté), Recueil jur. const., p. 91.

(٢) قرار المجلس الدستورى فى ١٩ و ٢٠ يناير ١٩٨١ سالف الذكر.

(٣) Décision No 86-213 du 3 Sebtembre 1981, Ferdinand Mélin - Soucramanien, le principe

(٤) Décision No. 93 - 326, du 11 aôut 1993, Rec. jur. const., p. 552.

استعدائها، أو الطعن فى الأحكام الصادرة فيها[1]، ولا يجوز بالتالى أن يعطل المشرع إعمال هذه القواعد فى شأن فئة بذاتها من المواطنين، ولا أن يقلص دور الخصومة القضائية التى يعد ضمان الحق فيها، والنفاذ إليها، طريقا واحدا لمباشرة حق التقاضى المنصوص عليه فى المادة ٦٨ من الدستور، ولا أن يجرد هذه الخصومة من الترضية القضائية التى يعد إهدارها إخلالا بالحماية التى يقررها الدستور للحقوق جميعها.

وقد أجازت المادة ٦٣/ ٤ من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بالقانون رقم ١٧٤ سنة ١٩٩٨، للمتهم عند رفع الدعوى الجنائية عليه مباشرة أن ينيب عنه وكيلا فى جميع الأحوال، أو فى أية مرحلة كانت عليها الدعوى لتقديم دفاعه، وذلك استثناء من حكم المادة ٢٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية، التى توجب على المتهم فى جنحة يعاقب عليها بالحبس أن يحضر بنفسه. وعللت المذكرة الإيضاحية للمشروع هذا الحكم القانونى بالحيلولة دون اتخاذ الادعاء المباشر وسيلة للكيد والإساءة إلى المتهم بالحضور بنفسه كمتهم أمام المحكمة الجنائية. وفى أثناء مناقشة المشروع أمام مجلس الشعب أشار البعض إلى وجود إخلال بمبدأ المساواة بين المتهم فى الدعوى المباشرة والمتهم فى الدعوى المرفوعة من النيابة العامة، وخاصة فى مرحلة الاستئناف حين يصدر على كل من المتهمين حكم بالحبس، فيجوز للأول أن ينيب عنه وكيلا، بخلاف الثانى الذى يتعين عليه الحضور بنفسه. على أنه لا يوجد إخلال بمبدأ المساواة لسببين:

(أولهما)، اختلاف النظام الإجرائى لكل من الدعوى المباشرة والدعوى المرفوعة من النيابة العامة.

(ثانيهما)، المساواة فى حقوق الدفاع.

فبالنسبة للسبب الأول، فإن الدعوى المباشرة تخضع للنظام الاتهامى فترفع بغير استدلالات ولا تحقيق، بخلاف الحال فى الدعوى المقامة من النيابة العامة، كما أن المصلحة الخاصة شرط لقبول الدعوى المباشرة لأن هذه الدعوى لا تتحرك إلا إذا

---

(١) دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٣ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ص ١٤٢.

كانت مقترنة بدعوى مدنية مقبولة . هذا بخلاف الحال فى الدعوى التى تقيمها النيابة العامة ، فإن المصلحة العامة وحدها ـ والتى تسهر عليها النيابة العامة ـ هى التى تقف وراء الدعوى . وفى مرحلة الاستئناف ، فإنه إذا قضى ابتدائيا بإدانة المتهم فى الدعوى المباشرة ، فما زال مركزه مختلفا عن المتهم فى الدعوى المقامة من النيابة العامة والمحكوم بإدانته ابتدائيا ، لأن المدعى المدنى يملك فى الدعوى المباشرة ـ فى أية حالة كانت عليها الدعوى ـ أن يترك دعواه المدنية فيترتب على هذا الترك ترك الدعوى الجنائية أيضا ما لم تطلب النيابة العامة نظرها (المادة ٢٦٠/ ٣ إجراءات المعدلة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية وقانون العقوبات) ؛ وهو ما لا يسرى على الدعوى الجنائية المقامة من النيابة العامة . وبالنسبة إلى السبب الثانى ، فإنه فضلا عن أنه لا يوجد إخلال بمبدأ المساواة فى الأسلحة بين المتهم والنيابة العامة ، لا يوجد إخلال بالمساواة فى حقوق الدفاع بين المتهم فى الدعوى المباشرة ، والمتهم فى الدعوى المرفوعة من النيابة العامة . فحضور المتهم بشخصه هو ضمان للدفاع ، فإن شاء أن يكتفى بوكيل عنه ، فإن ذلك يخضع لتقديره . فإذا حتم القانون حضوره شخصيا (كما فى الدعوى المقامة من النيابة العامة) ، فليس فى ذلك انتقاص من حقوق الدفاع ولا حرمانه من ميزة ، لأن الغياب عن الحضور ليس ميزة فى المحاكمة وليس حقا من حقوق الدفاع ، بل هو على العكس رخصة له قد يترتب على استعمالها انتقاص حقه فى الدفاع . هذا فضلا عن أن القانون أجاز للمحكمة أن تحتم حضور المتهم بشخصه فى الدعوى المباشرة ، إذا هى قدرت أهميته فى الحضور .

إلا أننا نلاحظ ثمة إخلال بمبدأ المساواة يبدو فى المواد ١٦١ و١٦٤/ ٢ و٢٠٥/ ٢ إجراءات . فالمادة ١٦١ إجراءات أجازت للنيابة العامة أن تستأنف جميع الأوامر التى يصدرها قاضى التحقيق ، بينما قصرت حق المتهم فى الاستئناف على الأوامر المتعلقة بالاختصاص ، كما أن المادة ١٦٤ / ٢ إجراءات قررت للنيابة العامة وحدها استئناف الأمر الصادر من قاضى التحقيق فى جناية بالإفراج المؤقت عن المتهم المحبوس احتياطيا ، ولم تعط للمتهم حق استئناف الأمر الصادر بحبسه احتياطيا ، وكذلك أيضا فإن المادة ٢٠٥/ ٢ إجراءات المعدلة بالقانون ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ أعطت للنيابة العامة فى مواد الجنايات استئناف الأمر الصادر من القاضى الجزئى بالإفراج

عن المتهم المحبوس احتياطيا، ولم تعط للمتهم حقا فى استئناف الأمر الصادر بمد حبسه احتياطيا.

١٦٧ـ مراعاة المصلحة العامة فى إطار التوازن بين أطراف الخصومة

بينا فيما تقدم أن مبدأ المساواة يرتبط بالمساواة فى المراكز القانونية التى تتحدد فى ضوء شروط موضوعية تتفق مع كل من الهدف من القانون والمصلحة العامة.

وفيما يتعلق بالمصلحة العامة، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا أن إفراد قانون السلطة القضائية دعوى الصلاحية بتنظيم خاص يخضع لقواعد موضوعية لا تميز بين نوع من المخاطبين بها من رجال السلطة القضائية المتكافئة مراكزهم القانونية بالنسبة إليها، قد تقرر لأغراض تقتضيها المصلحة العامة صونا للوظيفة القضائية[١]، وقضت بأن نص المادة ٢١٠ من قانون الإجراءات الجنائية بحظره الطعن فى قرار النيابة بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية فى تهمة موجهة إلى أحد الموظفين أو المستخدمين العامين لجريمة وقعت فى أثناء تأدية وظيفته أو بسببها ـ قد التزم اتجاه رد غائلة العدوان عن هؤلاء فى مواجهة صور من إساءة استعمال الحق فى التعويض عن الأضرار الناشئة عن الجريمة كوسيلة لملاحقة جنائية تقوم على أدلة متخاذلة، أو يكون باعثها التجريح، فإن المشرع يكون قد رجح حماية الوظيفة العامة من مخاطر اتهام لا يقوم على أساس من ناحية الواقع أو القانون، ويكون محققا لمصلحة عامة ترتكز على أسس موضوعية لا يقيم فى مجال تطبيقها تمييزا بين المخاطبين بأحكامها المتماثلة مراكزهم القانونية بالنسبة إليه[٢].

وقضت المحكمة الدستورية الإيطالية بأن تمييز نص المادة ٣٤٣ من قانون العقوبات بين جريمة الإهانة الموجهة إلى المحكمة والنيابة العامة فى الجلسة وجريمة السب التى تقع فى الجلسة على غيرهم لا يمثل إخلالا بالمساواة بين الدفاع والنيابة

---

(١) دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٣ لسنة ٨ قضائية «دستورية» مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ص ١٤٢.

(٢) دستورية عليا ى ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢ القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٩ فى ٧ مايو سنة ١٩٩٢. وانظر أيضا: دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٣ فى ١٦ يناير سنة ١٩٩٧.

العامة، لأن تشديد وصف التهمة والعقوبة عند إهانة ممثلى النيابة العامة يستهدف حماية كرامة الوظيفة القضائية[1]. وقضت هذه المحكمة بأن إباحة السب أو القذف فى إطار ممارسة حق الدفاع من خلال ما يقدمه من وسائل شفوية أو مكتوبة لا تستثنى منه العبارات الموجهة إلى ممثل النيابة العامة، مما لا يجوز معه القول بوجود إخلال بمبدأ المساواة بين الدفاع والاتهام، مع مراعاة أن حرية الدفاع لا تعنى الترخيص للدفاع بارتكاب الجريمة[2].

وواقع الأمر أن مراعاة المصلحة العامة يضفى على المركز القانونى الذى تتعلق به هذه المصلحة وضعا خاصا، ويكون على هذا النحو متميزا عن سائر المراكز القانونية التى لا تتعلق بها المصلحة العامة، الأمر الذى يتطلب تمييزا فى المعاملة القانونية على الوجه الذى بيناه فيما تقدم.

١٦٨ـ التمييز بين التوازن بين حقوق الخصوم والمساواة أمام القضاء

إذا كان التوازن بين حقوق الخصوم تطبيقا لأصل دستورى عام هو مبدأ المساواة، فلا يجوز الخلط بين المساواة فى أسلحة الخصوم والمساواة أمام القضاء، وفى هذا الشأن تثور مشكلتان، الأولى تتعلق بتفريد العقاب، والثانية تتعلق بالمحاكم الخاصة. ونبحث كلا من المشكلتين فيما يأتى:

١٦٩ـ (أ) تفريد العقوبة والمساواة أمام القضاء

يكفل القاضى تحقيق المساواة أمامه بوصفها امتدادا للمساواة أمام القانون.

ومن المقرر أن القاضى الجنائى وهو يمارس سلطته التقديرية فى توقيع العقاب على الجانى، عليه أن يجرى تفريدا للعقاب يتفق مع جسامة الجريمة، ومدى خطورة الجانى. فالمساواة التامة بين المحكوم عليهم فى قدر العقوبة تتطلب وحدة المراكز القانونية بالنظر إلى مدى جسامة الجريمة ومدى خطورة الجانى، وبدون ذلك لا

---

(١) الحكم رقم ١٣٨٠ الصادر فى ١٧ أتوبر سنة ١٩٩٩ منشور فى:
Annuaire International de justice constitutionnelle, 1999, p. 714.

(٢) الحكم سالف الذكر.

تتحقق المساواة أمام القضاء. وتعد جسامة الجريمة وخطورة الجانى معيارا موضوعيا مقبولا كأساس لتفريد العقاب. وفى هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا فى مصر إن سلطة تفريد العقوبة هى التى تخرجها من قوالبها الصماء، وتردها إلى جزاء يعايش الجريمة ومرتكبها، ويتصل بها اتصال قرار، وقالت بأن مناط مشروعية العقوبة من الزاوية الدستورية أن يباشر سلطته فى مجال التدرج بها وتجزئتها، تقديرا لها فى الحدود المقررة قانونا، فذلك وحده الطريق إلى معقوليتها وإنسانيتها جبرا لآثار الجريمة من منظور موضوعى يتعلق بها وبمرتكبها(1).

وتطبيقا لهذا المبدأ، قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا سلب المشرع سلطة القاضى فى تفريد العقاب بأن منعه من الحكم بوقف تنفيذ العقوبة فى جرائم معينة، يكون قد أخل بخصائص الوظيفة القضائية وقوامها فى شأن الجريمة تقدير العقوبة التى تناسبها(2). إلا أن الأمر لا يخلو من زاوية أخرى تتمثل فى ثلاثة أمور:

أولها: أن الأمر يتصل بتحديد معنى المساواة أمام القضاء وهو ما يتوقف على وحدة المراكز القانونية للمحكوم عليهم فى الدعوى، فلا مساواة عند الاختلاف فى هذه المراكز أو إذا حتمت ذلك المصلحة العامة وفق معايير موضوعية تتفق مع الغاية من القانون. وفى هذا الشأن قضت محكمة التحكيم البلجيكية بعدم دستورية قانون يسمح بفرض غرامات إدارية عند ارتكاب جريمة بالمخالفة لبعض القوانين الاجتماعية؛ على أساس أنه إذا كان للمشرع أن يلجأ إلى الجزاء الجنائى أو الجزاء الإدارى لا يمكنه أن يجرى معاملة مختلفة على مرتكبى الجرائم بدون سبب معقول، وبدون أن تكون مناسبة لجسامة الوقائع، بالنظر إلى الهدف المعنى والعقابى الذى استهدفه القانون(3).

---

(1) يلاحظ أن إدخال المحكمة المتهم المفرج عنه فى قفص داخل المحكمة ليس من إجراءات المحاكمة، ويعد مخالفا لأصل البراءة مالم يتقرر بأمر المحكمة.

(2) دستورية عليا فى ٢ أغسطس سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، و ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» وأول سبتمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية ٣٠ «دستورية». و١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ القضية رقم ١٢٤ سنة ١٨ قضائية «دستورية» و١٣٣ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(3) الدستورية العليا فى أول سبتمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٩٧ العدد ٣٧.

ثانيها: أن إخراج بعض العقوبات من نطاق سلطة القاضى فى وقف تنفيذ العقوبة يتعلق بالتفريد التشريعى للعقوبة حسب جسامة الجريمة، وإجازة لوقف التنفيذ تعد عنصرا فى هذا التفريد التشريعى، ومن ثم تعد رخصة وقف التنفيذ ضمن الحدود المقررة قانونا لعقوبة الجريمة وفقا لمعيار الضرورة والتناسب، وإنما يشترط لذلك أن يترتب على حظر وقف التنفيذ أن يكون عدم التناسب ظاهرا لا لبس فيه، وإلا عد الأمر تدخلا فى السلطة التقديرية للمشرع. ولا مجال للحديث فى أن حظر وقف التنفيذ يعد تدخلا فى أعمال الوظيفة القضائية، لأن المشرع الجنائى هو الذى يوضح حدود هذه الوظيفة فى إطار اختصاصه بتنظيم ممارسة الحقوق والحريات التى كفلها الدستور.

وبناء على ذلك، فلا يعد التفريد القضائى فى حد ذاته مبدأ دستوريا، إلا أنه لا يجوز حرمان القاضى منه إلا إذا ترتب على ذلك أن تفقد العقوبة المنصوص عليها شرط التناسب، وعلى هذا النحو يعد تفريد العقوبة أحد العناصر اللازمة لتقدير شرط التناسب[1].

ثالثها: أن تصنيف المحكوم عليهم فى السجن ومعاملتهم العقابية داخل السجن قد تختلف بشرط أن تبنى على معايير موضوعية، ويجب أن تكون متناسبة مع الهدف منها[2].

١٧٠ـ (ب) المحاكم الجنائية الخاصة والمساواة أمام القضاء

إذا كانت المساواة أمام القضاء تتحقق بتطبيق الوظيفة القضائية على قدم المساواة، فهل يتأثر ذلك بإنشاء بعض المحاكم الجنائية؟

واجهت إدارة العدالة الجنائية بعض المشكلات، إما بسبب ظهور أنماط معينة من

---

(١) انظر: Fréderic Desportes, Francis Le Gunehec, op, cit., 798. وانظر بوجه خاص المجلس الدستورى الفرنسى Déc. n° 93-325 Dc du 13 Août 1993.

(٢) وقد قضت محكمة Liége فى بلجيكا فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٨٧ بأنه لا يشترط أن تكون متخصصا فى علم النفس أو أن تكون طبيبا نفسيا فى السجن، بل يكفى توافر قليل من الإحساس بالإنسانية للشعور بالأثر المؤسف الذى يولده الانعزال فى السجن المقترن بحرمان السجين من أى نشاط لمدة ما.

الإجرام أو بسبب شخصية مرتكبيها، مما أثار البحث حول مدى ملاءمة مواجهة هذه الأنماط بتنظيم خاص يتفق مع طبيعتها، وحول ما إذا كانت المحاكم الخاصة التى تنشأ لهذه الأنماط من الجرائم أو الأشخاص تتبع ذات الإجراءات التى تحكم القانون فى الأحوال العامة.

إن الشرعية الدستورية تتطلب وحدة القضاء الطبيعى؛ لأنها تستند إلى المساواة أمام القضاء. فهذه المساواة تتطلب خضوع الأفراد إلى قضاء يحدده القانون بصفة عامة ومجردة. وفى نطاق هذه الوحدة يمكن أن تنشأ محاكم جنائية خاصة تختص بنظر مراكز قانونية متميزة سواء بالنسبة إلى الجريمة (كما فى محاكم أمن الدولة العليا التى نص عليها الدستور المصرى فى المادة ١٧١ منه)، أو بالنسبة إلى مرتكبيها (كما فى محاكم الأحداث)، أو بالنسبة إلى كل من الجريمة ومرتكبيها (كما فى المحاكم العسكرية طبقا لقانون الأحكام العسكرية والتى تستند إلى المادة ١٨٣ من الدستور المصرى)، إذا ما اقتضت ذلك ضرورة تقوم على أسباب موضوعية معقولة تتفق مع الصالح العام والهدف من القانون.

وتتأكد المساواة أمام القضاء فى هذه المحاكم طالما تحدد اختصاص هذه المحاكم وفقا لضوابط موضوعية تتفق مع الغاية من القانون الصادر بإنشائها وهى فاعلية العدالة الجنائية بالنظر إلى ذاتية الجريمة أو ذاتية المجرم أو ذاتية الاثنين معا وتتوخى الصالح العام. ولا يجوز أن نغفل من حسابنا أن فاعلية العدالة الجنائية تتوقف على الوصول إلى الحقيقة، وهو ما يؤثر على الاختصاص والتنظيم القضائى[1] فى أحوال معينة يقتضى فيها الأمر الالتجاء إلى أسلوب يختلف عن الأسلوب العادى فى الاختصاص والتنظيم القضائى. وطالما توافرت الضوابط الموضوعية التى تتفق مع الغاية من القانون الصادر بإنشاء المحاكم الخاصة وتتفق مع الصالح العام، فلا محل للتحدث عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام القضاء. وفى هذا المعنى قضت المحكمة الدستورية الأسبانية بأن محاكمة بعض كبار المسئولين فى الدولة (أعضاء البرلمان، الوزراء ورئيس الحكومة وغيرهم) أمام محاكم قضائية خاصة لا تعد

---

(١) انظر: Kaering - Joulin et J. Pradel, les rapports entre l'organisation judiaire la procédure pénale en France, Rev Internationale de droit pénal, 60 e année (3e et 4e Trimestres 1989), p 804.

انتهاكًا لمبدأ المساواة لأن هذه المعاملة الخاصة لا ترجع إلى أسباب شخصية تتعلق بأشخاص هؤلاء المسئولين، وإنما ترجع إلى تقييم اعتبار وخصوصية الوظيفة التى يشغلونها، والتى تتعلق بالمصلحة العامة(١).

على أن المغايرة فى أسلوب الاختصاص والتنظيم القضائى لا يجوز أن تهدر متطلبات الضمان القضائى التى تتمثل فى الاستقلال والحياد، فلابد أن تشكل المحاكم الخاصة من قضاة يتمتعون بذلك. ويرتكز ذلك فى مصر على ما نصت عليه المادة ٦٥ من الدستور من أن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات.

ومع ذلك، فإن البحث يثور بصدد خمس مسائل: (الأولى) طبيعة القضاء العسكرى. (الثانية) وجود شخصيات عامة فى محاكم القيم. (الثالثة) ما اشترطه قانون الطفل المصرى من وجود اثنين من الخبراء أحدهما من النساء كمعاونين للقاضى فى المحكمة الجزئية. (الرابعة) ما سمح به القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء محاكم أمن الدولة من تشكيل دوائر بها عنصر عسكرى(٢). (الخامسة) ما تطلبه القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٨٥ بشأن محاكمة الوزراء من تشكيل خاص به عنصر برلمانى.

(أولا): بالنسبة إلى القضاء العسكرى

إن ذاتية تشكيله تجد أساسها فى الدستور الذى نص فى المادة ١٨٣ على أن ينظم القانون القضاء العسكرى، ويبين اختصاصاته فى حدود المبادئ الواردة فى الدستور. ومن ثم فإن تنظيم هذا القضاء بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون الأحكام العسكرية على نحو يجعل المحاكم العسكرية من ضباط عسكريين لا

---

(١) مثال ذلك الأحكام رقم ٥١ لسنة ١٩٨٥، ٣٠ لسنة ١٩٨٦، و٣٥٣ لسنة ١٩٨٨ وقد أشار إليها: Barbero Santos; Le iolet et l'impact du constitutionnalisme des tribunaux constitutionnelles et des cours supremes, sur l'évolution du systeme de justice criminelle, cp. cit. 249, 250.

(٢) نص القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ على أن يكون تشكيل محكمة أمن الدولة العليا من ثلاثة مستشارين من محكمة الاستئناف على أن يكون الرئيس بدرجة رئيس محكمة استئناف، ويجوز أن يضم إلى عضوية هذه المحكمة عضوان من ضباط القوات المسلحة القضاة بالقضاء العسكرى برتبة عميد على الأقل، ويصدر قرار من رئيس الجمهورية (٢/ ١ و٢) وانظر مقالنا عن محكمة أمن الدولة، مجلة القضاة سنة ١٩٨١.

يؤثر فى كون القضاء العسكرى محاكم خاصة فى نطاق القضاء الطبيعى، طالما أن طبيعة الجرائم والمتهمين الماثلين أمامها تتفق مع تشكيلها الخاص وفقا لضوابط موضوعية تتفق مع الغاية من القانون الصادر بإنشائها. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا أن المحاكم العسكرية ليست إلا محاكم خاصة ذات اختصاص قضائى استثنائى مناطه إما شخص مرتكبها على أساس صفة معينة توافرت فيه على نحو الحالات المبينة بالمادة الرابعة من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، أو خصوصية الجرائم وفق الأحوال المبينة بالمادة الخامسة من ذات القانون[١].

(ثانيا): بالنسبة إلى قضاء القيم

إن ما نص عليه القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ من تشكيل خاص يتضمن عنصرا قضائيا له الغلبة مع عنصر شعبى (شخصيات عامة) له الأقلية[٢]، يجد أساسه فى الدستور؛ إذ نصت المادة ١٧٠ منه على أن يسهم الشعب فى إقامة العدالة على الوجه وفى الحدود المبينة فى القانون. وقد وردت هذه المادة فى الفصل الرابع الخاص بالسلطة القضائية من الباب الخامس الخاص بنظام الحكم. ويؤدى تفوق العنصر القضائى فى هذا التشكيل إلى احترام المادة ٦٥ من الدستور التى نصت على أن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات.

وقد عرضت المحكمة الدستورية العليا لقضاء القيم[٣] حين أثير أمامها عدم دستورية القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة قولا إنه نقل الاختصاص بالمنازعات المشار إليها فيه من القضاء المدنى وهو قاضيها الطبيعى إلى قضاء القيم، وانتهت إلى أن محكمة القيم هى جهة أنشئت كمحكمة دائمة لتباشر ما نيط بها من اختصاصات حددتها المادة ٣٤ من قانون

---

(١) دستورية عليا فى ٦ يناير سنة ١٩٩٠ فى القضية رقم ٨ لسنة ٨ قضائية «تنازع».

(٢) طبقا للمادة ٢٧ من القانون المذكور تشكل محكمة القيم من سبعة أعضاء برئاسة أحد نواب رئيسمحكمة النقض وعضوية ثلاثة من مستشارى محكمة النقض أو محاكم الاستئناف وثلاثة من الشخصيات العامة، وتشكل المحكمة

(٣) دستورية عليا فى ٢١ يونيو سنة ١٩٨٦ فى القضيتين رقمى ١٣٩ و ١٤٠ لسنة ٥ قضائية (دستورية)، والدعوى رقم ٤٢ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد (٢٧) فى ٣ يولية سنة ١٩٨٦.

حماية القيم من العيب وفقا للضوابط والإجراءات المنصوص عليها فيه والتى كفلت للمتقاضى أمام تلك المحكمة ضمانات التقاضى من إبداء دفاع وسماع أقوال وتنظيم لطرق الطعن فى أحكامها، وتكون تلك المحكمة بذلك هى القاضى الطبيعى فى مفهوم المادة ٦٨ من الدستور الذى يحق لكل مواطن الالتجاء إليه فى شأن الاختصاصات المنوطة به. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا قضاءها السالف[١]. عندما أثير فيها الدفع بعدم دستورية القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن حماية القيم من العيب.

(ثالثا): بالنسبة إلى محاكم الأحداث

نصت المادة ١٢١/ ١ من قانون الطفل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ على أن تشكل محكمة الأحداث من ثلاثة قضاة، ويعاون المحكمة خبيران من الأخصائيين، أحدهما على الأقل من النساء ويكون حضورهما فى إجراءات المحاكمة وجوبيا، وعلى الخبيرين أن يقدما تقريرهما للمحكمة بعد بحث ظروف الطفل من جميع الوجوه، وذلك قبل أن تصدر المحكمة حكمها. ونصت المادة ١٢١/ ٣ من هذا القانون على أن يكون استئناف الأحكام الصادرة من محكمة الأحداث أمام محكمة استئنافية تشكل بكل محكمة ابتدائية من ثلاث قضاة، اثنان منهما على الأقل بدرجة رئيس محكمة، ويراعى حكم الفقرتين السابقتين فى تشكيل هذه المحكمة. ويتفق هذا النص مع طبيعة الحدث الذى تتطلب محاكمته إجراءات خاصة تلائم شخصيته. وهذان الخبيران يعاونان القاضى فى قضائه، ولكنه يتحمل مسئولية القضاء فهما ليسا عضوين فى المحكمة. واشتراط أن يكون أحد الخبيرين من النساء يبرره أن المرأة بطبيعتها قادرة على تفهم مشاكل الأطفال وحلها، فضلا عما يحدثه وجودها فى المحكمة من بث روح الطمأنينة والثقة فى نفوس الأطفال، ويخفف عنهم حدة الشعور برهبة المحاكمة الجنائية[٢].

(رابعا): بالنسبة إلى محاكم أمن الدولة

إن ما نص عليه القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ من جواز إضافة عنصر عسكرى

---

(١) دستورية عليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٧ فى القضية رقم ٦٠ لسنة ٤ قضائية.
(٢) انظر الدكتورة نبيلة إسماعيل سلامة، حقوق الطفل فى القانون المصرى سنة ١٩٩٨ ص ٥٤٧.

إلى العنصر القضائى الغالب، يجد أساسه فى المادة ١٧١ من الدستور التى نصت على أن ينظم القانون ترتيب محاكم أمن الدولة، ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها. وهذا النص الدستورى هو أساس المغايرة التى ترد فى القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن تشكيل المحكمة وبعض الإجراءات التى تخضع لها. على أنه يتعين فى العنصر العسكرى عند تقريره أن تتوافر فيه الخبرة القانونية اللازمة للقضاء، باعتبار أن هذه الخبرة تعد معياراً للصلاحية للجلوس فى مجلس القضاء كمناط لاستقلاله[٢]. وهو شرط لابد من توافره لضمان صحة تشكيل المحكمة، وذلك باعتبار أن هذا النوع من المحاكم هو من القضاء الطبيعى.

(خامسا): بالنسبة إلى المحكمة المختصة بمحاكمة الوزراء

طبقا للقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨ كان يتم هذا التشكيل من خلال عنصرين أحدهما برلمانى والثانى قضائى. توافر عنصر برلمانى (٦ أعضاء من مجلس الشعب) (مجلس الأمة سابقا) بجوار العنصر القضائى (٦ مستشارين بمحكمة النقض) ويستند هذا التشكيل الخاص إلى المادة ١٦٠/ ١ من الدستور التى نصت على أن تكون محاكمة الوزير وإجراءات المحاكمة وضماناتها والعقاب على الوجه المبين بالقانون. وكان هذا التشكيل ينسجم مع طبيعة المسئولية الجنائية للوزير، باعتبار أن العنصر السياسى الناجم عن طبيعة عمله يتطلب تقديرا سياسيا يجيده الأعضاء البرلمانيون فى المحكمة. ونرى أن محاكمة الوزراء عن الجرائم التى يرتكبونها فى أثناء تأدية وظائفهم تثير قضية المسئولية السياسية بجانب المسئولية الجنائية، مما يتعين وجود عنصر برلمانى منتخب يشارك مع العنصر القضائى فى محكمة خاصة على أن تكون الأغلبية للعنصر القضائى.

---

(١) انظر ما تقدم ص ٤٠٧.

المبحث الثانى
مبدأ الحرية الشخصية

١٧١ـ تمهيد

نصت المادة ٤١ من الدستور المصرى على هذا المبدأ فأكدت أن «الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس»[١]. ولا شك فى أن هذا النص لا يعنى أن الحرية الشخصية حق مطلق لا ترد عليه القيود، ذلك أن الإنسان لم يعرف هذه الحرية المطلقة إلا عندما كان يعيش بصورة فردية فى العصور الأولى. فقد اقتضت ضرورات الحياة أن ينتظم فى سلك الجماعة فأصبح كائنا اجتماعيا لا يستطيع العيش بمفرده. وقد اقتضاه ذلك أن يلتزم فى تصرفاته وأفعاله بالأصول والقواعد التى تتواضع عليها الجماعة. ومن شأن هذه القواعد وتلك الأصول أن تحد من حريته فتحول دون اعتدائه على غيره من أعضاء المجتمع حتى يصبح طيع التمتع بمثل ما يتمتع به. والقانون هو الوسيلة الوحيدة لوضع هذه الحدود. وقد قامت التشريعات الجنائية على هذا الأساس لأنها إنما تؤثم صورا من العدوان على الغير حفظا لأمن الجماعة ونظام المجتمع. ولو أن الحرية أطلقت دون قيد لسادت الفوضى واختل الأمن والنظام وارتد المجتمع إلى عهود الغابة. ويؤيد هذا النظر أن المشرع الدستورى إذ يقرر الضمانات التى تجب مراعاتها عند القبض على الأفراد وحبسهم، وإذ يوجب إشراف القضاء والنيابة على إجراءات القبض والحبس، وضرورة استصدار أوامر القبض والحبس وغيرهما من الإجراءات المقيدة للحرية من القاضى المختص أو النيابة العامة وفقا لأحكام القانون، فإنه يقر تقييد حرية الأفراد إذا اقترفوا ما يقتضى ذلك من الجرائم ومخالفة القانون، كما يقرر بأن الحرية

---

(١) تقابل المادتين ٤ و ٥ فى دستور ١٩٢٣ ودستور ١٩٣٠، والمادة ٣ فى الإعلان الدستورى الصادر فى ١٠/٢/١٩٥٣، والمادة ٣٤ من دستور ١٩٥٦ والمادة ١٠ من دستور ١٩٥٨، والمادة ٢٧ من دستور ١٩٦٤.

الشخصية التى أحاطها بسياج من القداسة فى صدر النص ليست حرية مطلقة تمتنع على القيود والحدود إذا اقتضت مصلحة المجتمع فرض هذه القيود والحدود(١).

وقد أكدت محكمة النقض فى الكثير من أحكامها حماية الحرية الشخصية التى تتعلق بكيان الفرد وحياته الخاصة ومسكنه الذى يأوى إليه وسيارته الخاصة، فلم تجز محكمة النقض أى قيد يرد على الحرية الشخصية سواء أكان قبضا أم تفتيشا أم حبسا أم منعا من التنقل أم غير ذلك من القيود، إلا فى حالة من حالات التلبس كما هو معروف قانونا أو بإذن من السلطة القضائية المختصة، وأكدت محكمة النقض أنه لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم دون وجه حق(٢).

كذلك أكدت محكمة النقض ما مؤداه أن عبارة «وفقا لأحكام القانون» التى وردت فى نهاية المادة ٤١/ ١ من الدستور، بعد إيرادها الحالتين التين يجوز فيهما القبض والتفتيش، لا تعنى تفويض الشارع العادى فى إضافة حالات أخرى تبيح القبض على الشخص وتفتيشه، وأن القول بغير ذلك يفضى إلى إمكان تعديل نص وضعه الشارع الدستورى بإرادة الشارع العادى، وهو ما لا يفيده نص المادة ٤١ من الدستور(٣).

وقد لوحظ أن قضاء المجلس الدستورى الفرنسى قد سجل صراحة فى عام ١٩٩٩ تحولا حول فكرة الحرية الشخصية. فقد كان هذا المجلس يقرر حماية دستورية أوسع لبعض الحريات مثل حرية التنقل والحق فى احترام الحياة الخاصة وحرية الزواج، بوصفها من صور الحرية الشخصية(٤). إلا أنه ابتداء من عام

---

(١) المحكمة العليا فى ١٨ يناير سنة ١٩٧٥ فى القضية رقم ١٣ لسنة ٥ قضائية عليا «دستورية»، ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ فى القضية رقم ١ لسنة ٥ قضائية عليا «دستورية».

انظر الدكتور محمود نجيب حسنى، القبض على الأشخاص، طبعة ١٩٩٤ (مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين).

انظر: Serge Guinchard, Le procès équitable: droit fondamental, Actualité juridique, Juillet - Août 1998, p. 194.

(٢) نقض ١٩ فبراير سنة ١٩٩١، مجموعة الأحكام، س ٤٢ ص٢٧٣، ٣١ مايو سنة ١٩٩٠، س ٤١ ص ٧٩٢، ١١ مارس سنة ١٩٩٠، س ٤١ ص ٥١٩، ٢١ ديسمبر سنة ١٩٨٤، س ٣٥ ص ٦٣٢، ٩ يونية سنة ١٩٨٠، س ٣١ ص٧٣٧.

(٣) نقض ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣ مجموعة أحكام س ٤٤ ص ٧٠٣، ٣ يناير سنة ١٩٩٠، س ٤١ ص ٤١، ٢١ ديسمبر سنة ١٩٨٩، س ٤٠ ص ١٢٧٤، ٩ نوفبر سنة ١٩٨٣، س ٣٤ ص ٩٣٤.

(٤) انظر: Penal-Gala, in L. Favoreu et alii, Droit constitutionnel, Dalloz, 1999, 20 éd., pp. 825 et s.

١٩٩٩ جاء المجلس الدستورى الفرنسى فقرر أن احترام الحياة الخاصة تشمله الحماية الدستورية طبقا للمادة ٢ من إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ (والذى تضمنته مقدمة الدستور الفرنسى التى اعتبرت جزءا منه) وليس طبقا للحماية الدستورية المقررة للحرية الشخصية طبقا للمادة ٦٦ من الدستور الفرنسى، وأكد أن حرية التنقل وإن تميزت عن الحرية الشخصية إلا أنها تتمتع بذاتها بالحماية الدستورية[١]. وقد علق البعض على هذا القضاء بأن المجلس الدستورى يتجه تدريجيا إلى تقليص فكرة الحرية الشخصية لصالح فكرة الأمن الشخصى[٢].

فما الضمانات التى تنطوى تحت مدلول الحرية الشخصية والتى يتعين كفالتها فى مواجهة الإجراءات الجنائية ؟

١٧٢- (أولا): سلامة الجسم

كفلت المادة ٤٢ من الدستور سلامة الجسم فى مواجهة الإجراءات الجنائية، فنصت على أن كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأى قيد يجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان، ولا يجوز إيذاؤه بدنيا أو معنويا، كما لا يجوز حبسه فى غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون. ويفترض هذا الحق عدم جواز تعذيب المتهم.

وقد أكد هذا المبدأ الإعلان العالمى لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ الذى حظر تعذيب المتهم (المادة الخامسة)، ويمثل هذا الحق إحدى القيم الأساسية فى المجتمع الديمقراطى، ويتفرع عن واجب احترام الكرامة الإنسانية «dignité humaine». ويتفرع عن هذا الحق ثلاث نتائج، هى: عدم جواز إخضاع المتهم للتعذيب، وعدم جواز معاملته على نحو غير إنسانى، وعدم جواز إخضاعه لعقوبات غير إنسانية، وقد تأيدت هذه النتائج على النطاق الدولى على النحو الآتى:

(أ) تأكد عدم جواز إخضاع المتهم للتعذيب باتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من

---

(٢) الحكمان: Dec. du 23 Jiullet, 1999, aa- 416 DC.
وأيضا: 99-419 DC, 99-422 DC.
(٣) انظر: Annuaire International de justice constitutionnelle, 1999, p. 6128

ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التى أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر ١٩٨٤.

ويخضع تعذيب المتهم لصور متعددة، منها ما يعد إكراها ماديا، ومنها ما يعد إكراها أدبيا. والجامع بينها هو الألم أو المعاناة البدنية أو النفسية أو العقلية التى تصيب المتهم من جراء استخدام أحد وسائل التعذيب(١).

ويتحقق التعذيب بالمعاملة غير الإنسانية المتعمدة التى تؤدى إلى آلام جسيمة وقاسية من أجل الحصول على اعترافات أو أقوال أو معلومات(٢).

وينبنى على هذا الحق تأكيد حرية المتهم فى إبداء أقواله بعيدا عن القهر الذى يمس سلامة جسده. ويثير هذا البحث مشكلة استخدام الوسائل العلمية الحديثة من أجل قهر المتهم على الإدلاء بالحقيقة. والوجه الذى نبحثه يتعلق بمدى مشروعية استخدامها فى استجواب المتهم، مما يمس حق المتهم فى إبداء أقواله بحرية مما يمس حقه فى الدفاع. وقد استقر الفقه والقضاء فى معظم بلاد العالم على رفض استخدام الوسائل العلمية للحصول على اعتراف المتهم(٣).

(ب) لا يجوز معاملة الشخص فى أثناء المحاكمة معاملة غير إنسانية أو تحط من

---

(١) وقد اعتبرت محكمة النقض أن الإكراه يكون متوافرا عند هجوم الكلب البوليسى على المتهم وتمزيق ملابسه وإحداث إصابات به (نقض ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة الأحكام س ١ رقم ٣٢ ص ٨٧). انظر نقض ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة الأحكام س ٩ رقم ٣٤٦ ص ١٠١٧). وقضى بأنه ليس فى حضور الضابط استجواب النيابة للمتهم ما يعيب هذا الإجراء أو يبطله فى وقت كان مكفولا له فيه حرية الدفاع عن نفسه بجميع الضمانات (نص ٦ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة الأحكام س ١٢ رقم ٥٩ ص ٣١١). وقضى بأن طول أمد الاستجواب واستغراق ذلك لساعات طويلة متصلة لا يعد إكراها ما لم تستخلص المحكمة من ظروف الدعوى وملابستها تأثر إرادة المتهم (نقض ٢٣ يناير سنة ١٩٩٤، مجموعة الأحكام س ٤٥ ص ٣٧).

(٢) انظر حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فى ١٨ بناير سنة ١٩٧٨، CED11, 18 Janvier 1978 Irlande c. Royaume Unic, Droit pénal européen CJ. Pradel et G. Corstens, p. 305

(٣) Merle et Vitu, Traité de droit criminal T.II (procédure pénale), 1979, p.164 et 165. Graven; Le probléme des nouvelles techniques d'investigation au procés pénale, Rev, Sc. Crim., 1950, p 313 et S.

وقد قلنا فى هذا الصدد «إذا صح اللجوء إلى هذه الوسائل لأغراض علاجية فلا يجوز استعمالها للكشف عن الحقيقة فى الخصومة الجنائية، فإن الضمير يأباها لأنها تعامل الإنسان وكأنه محل التجربة فى معمل وتحيى معنى التعذيب بما تحققه من سلب شعور الإنسان وتحطيم إرادته الواعية».
(انظر مؤلفنا؛ الوسيط فى قانون الإجراءات، الطبعة السابعة (١٩٩٣) ص ٥١٨ و ١٥٩).

قدر إنسانيته. وهذا ما أكدته المادة ٧ من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية[١]. ومن صور معاملة المتهم لتحطيم شخصيته ومعنوياته بأى شكل من الأشكال، مثل وضعه فى زنزانة ضيقة أو مظلمة معصوب العينين[٢]، وسوء معاملته عمدا فى أثناء الاستجواب من أجل تحطيم إرادته للحصول على اعتراف منه.

(جـ) لا يجوز تعريض المحكوم عليه لعقوبات غير إنسانية مهينة، وهو ما يتوقف على مجموعة من العوامل، منها طبيعة العقوبة ومضمونها وكيفية تنفيذها. وقد أكدت ذلك المادة الخامسة من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان فيما اشترطته من عدم جواز تعريض الإنسان للعقوبات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة. ويعيب هذه العقوبات القاسية أيضا أنها تفقد شرط الضرورة والتناسب بشكل مبالغ فيه وبطريقة واضحة، مما يصم النص عليها بعدم الدستورية[٣].

١٧٣ـ (ثانيا): الحق فى حرية التنقل

القيمة الدستورية للحق: كفلت المادة ٤١ من الدستور حرية التنقل إذ نصت على أنه فيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو حبسه أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقا لأحكام القانون. ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطى.

وواضح من هذا النص الدستورى أن حرية التنقل حق كفله الدستور[٤]. وهو

---

(١) عرفت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المعاملة غير الإنسانية بأنها سلوك يُحدث آلاما عضوية أو عقلية ذات جسامة معينة دون أن تبلغ درجة الجسامة التى يتصف بها التعذيب. مثال ذلك استخدام الوسائل التى كان يستخدمها الجيش البريطانى فى الاستجواب فى أيرلندا الشمالية، وهى الوقوف مدة طويلة، وتغطية الرأس، والصفير المستمر داخل الزنزانة، والحرمان من الشمس، والحرمان أو التقليل الشديد من الأكل والشرب لعدة أيام.

انظر: Cugges Lebreton, Libertés publiques et draits de l'homne, 1995, p. 276.

(٢) انظر حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٩٣ مشار إليه فى:
Jean Pradel, Gerst constens, Droit pénal européen, Dalloz, 1999, p. 308.

(٣) مثال ذلك: دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٣ فى ١٦ يناير سنة ١٩٩٧. وانظر فى هذا المعنى المجلس الدستورى الفرنسى فى ٣٠ مايو سنة ٢٠٠٠ القرار رقم ٤٣٣.

(٤) دستورية عليا فى ١٤ مارس سنة ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ص ٢٤٤.

حق نص عليه الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ (المادة٣)، والعهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية (١٩٦٦) فى المادة ١٢/ ١ منه.

١٧٤ـ الضمانات الدستورية للمساس بحرية التنقل

أجاز الدستور المساس بحرية التنقل بإجراء القبض أو الحبس الاحتياطى، إلا أن هذا الإجراء لا تجوز مباشرته إلا فى إطار ضمانات مهمة رسمها الدستور وتبدو فيما يأتى.

أما الضمانات الدستورية ، فتبدو فيما يأتى :

(١) الضمان القضائى : حق المواطن فى ألا يقبض عليه أو يحبس أو يمنع من التنقل إلا بناء على أمر يصدر عن القاضى أو النيابة العامة ـ عدا حالة التلبس ـ وذلك وفقا لأحكام القانون (المادة ٤١ من الدستور) ويكون ذلك إذا اقتضته ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع.

وقد نص قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى فى ضوء تعديله بالقانون الصادر فى ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ فنص على أن يكون الحبس الاحتياطى والإفراج عنه بواسطة قاض ينشأ لهذا الغرض (المادة ١/ ١٣٧) سالبا هذا الاختصاص من قاضى التحقيق. وهو ضمان مهم يفصل بين وظيفة التحقيق الابتدائى ووظيفة الفصل فى الحبس الاحتياطى، فيجعل الوظيفة الثانية أقرب إلى قضاء المحكمة.

(٢) التناسب بين حرية التنقل وبين المصلحة العامة : تتوقف المشروعية الدستورية لتقييد حرية التنقل وفقا للدستور المصرى على التناسب بين حرية التنقل وبين المصلحة العامة التى تتمثل فى مصلحة التحقيق وصيانة أمن المجتمع[٢]. وعلى المشرع فى بيانه لحالات القبض وإجراءاته مراعاة هذا التناسب الذى يمثل فى ذاته إطارا لمشروعية الإجراء.

ونظرا إلى أن أوامر القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو حبسهم أو منعهم من التنقل أو السفر أو تقييد حريتهم بأى قيد دون ذلك إذا بوشرت لضرورة التحقيق ـ

---

(١) وقد نصت المادة ١٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى كذلك على أن يكون الحبس الاحتياطى لسبب يتعلق بضرورة التحقيق أو باعتباره تدبيرا أمنيا.

تعتبر من الإجراءات الجنائية التى تمس الحرية الشخصية - التى لا يجوز تنظيمها إلا بقانون وليس بقرار إدارى مهما كانت مرتبته[1]. ولا يكتسب قرار تقييد الحرية - مثل المنع من السفر - صفة الإجراء الجنائى إذا استند إلى مجرد لائحة إدارية؛ لأنه ينحدر فى هذه الحالة إلى مرتبة الأعمال الإدارية، ولا يتمتع بصفة العمل القضائى مهما كانت صفة من أصدره، إذا لم يكن هذا العمل يستند إلى قانون ينظمه ويسمح به، باعتبار أن المشرع وحده ينفرد بتنظيم كل ما يتعلق بالحقوق والحريات. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على أن حرية الانتقال تنخرط فى مصاف الحريات العامة، وأن تقييدها دون مقتض مشروع إنما يجرد الحرية الشخصية من بعض خصائصها، ويقوض صحيح بنيانها. وقد عهد الدستور بهذا النص إلى السلطة التشريعية دون غيرها بتقدير هذا المقتضى[2].

---

(١) نقض مدنى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٨٨ س ٣٩، جـ ٢ رقم ١٩٤ ص ١١٥٩.

هذا وقد نص القرار بقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن جوازات السفر على أنه لا يجوز لمن يتمتع بالجنسية المصرية مغادرة أراضى الجمهورية أو العودة إليها إلا إذا كانوا يحملون جوازات سفر وفقا لهذا القانون. ونصت المادة ١١ من هذا القانون على أنه يجوز بقرار من وزير الداخلية لأسباب مهمة يقدرها رفض منح جواز السفر أو تجديده كما يجوز له سحب الجواز بعد إعطائه. وقد أصدر وزير الدخلية القرار رقم ٢٢١٤ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم قوائم الممنوعين وحدد فى المادة الأولى منه الجهات التى يحق لها طلب الإدراج على قوائم الممنوعين من السفر بالنسبة إلى الأشخاص الطبيعيين؛ وهى المحاكم والمدعى العام الاشتراكى والنائب العام ومساعد وزير العدل للكسب غير المشروع ورئيس المخابرات العامة ورئيس هيئة الرقابة الإدارية، ومدير إدارة المخابرات الحربية ومدير إدارة الشئون الشخصية والخدمة الاجتماعية بالقوات المسلحةومساعد أول وزير الداخلية لمباحث أمن الدولة، ومدير مصلحة الأمن العام.

ويحتاج الأمر إلى تنظيم تشريعى - وليس تنظيما إداريا - لإجراء المنع من السفر مع إحاطته بالضمانات التى تتفق مع الدستور فى ضوء ما قضت به المحكمة الدستورية العليا من أن المنع من التنقل لا يملكه إلا قاض أو عضو نيابة عامة يعهد إليه القانون بذلك دون تدخل من السلطة التنفيذية (فى ٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ٢٤٣ لسنة ٢١ قضائية «دستورية»).

(٢) وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الدستور لم يعقد للسلطة التنفيذية اختصاصا ما بتنظيم شيء مما يمس الحقوق التى كفلها الدستور، وأن هذا التنظيم يتعين أن تتولاه السلطة التشريعية بما صدره من قوانين. وبناء على ذلك فيجب أن يكون تعيين شروط إصدار وثيقة السفر بيد هذه السلطة، والأصل فيها هو المنح، استصحابا لأصل الحرية فى الانتقال والاستثناء هو المنع.

(دستورية عليا فى ٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٠ القضية رقم ٢٤٣ لسنة ٢١ قضائية «دستورية»).

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسى أن الحق فى التنقل يتضمن الحق فى مغادرة البلاد.

= (CE 22 mai 1992, Gisti, RFDA 1993, p. 567)

وقد أشار الدستور المصرى إلى إمكان اتخاذ هذه الإجراءات لصيانة أمن المجتمع إلا أن ذلك بطبيعة الحال مشروط باستيفاء سائر مقومات المشروعية الدستورية فلا يجوز اتخاذ هذه الإجراءات إلا في الحدود التي يبينها القانون والتى تتقرر ضمانا لحريات الآخرين وحماية للمصلحة العامة . وهو ما ينسحب على التدابير الاحترازية التى تهدف إلى صيانة أمن المجتمع . وفى هذا المعنى قرر المجلس الدستورى أن سجب رخصة القيادة لمدة معينة بسبب قيادة السيارة بسرعة فائقة وزيادة هذه المدة عند العود إلى ذلك، لا يعتبر ماسا بحرية التنقل(١) . وقيل تعليقا على هذا القرار بأن الحرية هى فى أن تفعل ما لا يضر بالغير(٢) .

ومراعاة لضمان التناسب قضت المحكمة الدستورية الأسبانية بأهمية تسبيب أوامر الحبس الاحتياطى للتحقق من احترام ما نص عليه الدستور من الحق فى عدم حرمان الشخص من حريته بطريقة تحكمية وحقه فى الحماية القضائية الفعالة(٣) .

(٣) المعاملة الإنسانية : حق المواطن فى المعاملة الإنسانية فى أثناء القبض عليه . فقد نصت المادة ٤٢ من الدستور على أن كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأى قيد تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان ، ولا يجوز إيذاؤه بدنيا أو معنويا . وهو ما يتفرع أيضا عن الحق فى سلامة الجسم .

= وقد أسس هذا الحق على الإعلان العالمى لحقوق الإنسان ، واعتبره المجلس الدستورى الفرنسى مظهرا للحرية الفردية . (Décno. 92-303 du 25 fevr. 1992, Rec. Cons. Const, p. 48) وفى التقارير المقدمة إلى المؤتمر الذى عقده المعهد الدولى للقانون فى المجال الفرانكوفونى ، فى مقر مجلس الدولة القاهرة فى سنة ١٩٩٨ لبحث موضوع «قاضى الإدارة والحقوق الأساسية فى المجال الفرانكوفونى» أوضح Gregoire Aleaye المستشار بالدائرة الإدارية بالمحكمة العليا فى دولة «بنين» أن المحكمة الدستورية قضت فى ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٩٦ بأن حرية الذهاب والإياب تعد أحد أهم حقوق الإنسان التى يكفلها الدستور ، وأن حجز جواز سفر إحدى المواطنات بدون إذن السلطة القضائية يعد أمرا تحكميا ويحرمها من أحد «الحقوق الأساسية» التى يقرها ويحميها الدستور والميثاق الأفريقى لحقوق الإنسان .

(G. Alaye; Le juge administretif béninois et la liberté, (Le juge de l'administration et les droits fondamentaux dens l'espace francophone, p. 189).

(١) مشار إليه فى Annuaire International de justice constitutionnelle, 1999, p. 615.

(٢) المرجع السابق ص ٦١٥ .

(٣) Arrét 47/ 200 du 17 Février 2000, Annuire International de justice constituionnelle, 2000, charonique, p. 633.

(٤) حبسه فى الأماكن الخاضعة لقانون السجون: حقه فى ألا ينفذ القبض عليه إلا فى الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون (المادة ٤٢ من الدستور).

(٥) تأقيت الحبس الاحتياطى: يجب أن يكون الحبس الاحتياطى محددا بمدة معينة فى حدود المدة التى يبينها القانون (المادة ٤١ من الدستور).

وقد نصت المادة ٥/ ٣ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على أن كل شخص مقبوض عليه أو محبوس على ذمة تقديمه إلى المحكمة لارتكابه جريمة أو للخشية من ارتكابه جريمة أو هروبه، له الحق فى محاكمة خلال أجل معقول أو الإفراج عنه فى أثناء المحاكمة. وفى ضوء هذا النص اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى مراقبة قرارات غرفة المشورة التى تقضى بمد الحبس الاحتياطى دون الرد على دفاع المتهم الذى يتمسك بمخالفة المادة ٥/ ٣ من الاتفاقية سالفة الذكر(١).

وقد عنيت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فى عدة قضايا ببحث الحدود المعقولة(٢). وعلى الرغم من معرفة المدة المعقولة للحبس الاحتياطى ظل فكرة غير محددة، إلا أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان استخدمت عدة معايير لتقدير معقولية مدة الحبس الاحتياطى(٣)، هى مراعاة ظروف كل قضية على حدة، ووجوب تأسيس استمرار الحبس الاحتياطى على أسباب قوية(٤) الأمر الذى أدى إلى أن تتطلب المحكمة من القضاة الوطنيين تحديد أسباب الالتجاء إلى الحبس الاحتياطى، واشتراط أن يعتمد التشريع الوطنى فى الترخيص للقضاة بحبس المتهم الاحتياطى على عدة أسباب هي خشية هروب المتهم، وخشية إضاعة الأدلة أو الضغط على الشهود أو العودة إلى ارتكاب الجريمة، وخشية المساس بالنظام العام (وذلك فى الظروف الاستثنائية التى يقدرها التشريع الداخلى)(٥).

---

(١) Crim., 14 Mai 1996; Bull. 203.

(٢) قضية Wacmhoff فى ٢٧ يونية سنة ١٩٦٨ وقضية Tomasi فى ٢٧ أغسطس سنة ١٩٩٢.

انظر: Rev. sc crım. 1993, chrom. sudre, p. 1

وانظر: Sege Guinchard et Jacques Buisson, op. cit., p. 259.

(٣) انظر: Bouloc; Rev. sc. crim. 1989, 69.

(٤) انظر قضية: Letellicr فى ٢٦ يونية سنة ١٩٩١ (Pev. sc. crim. 1991, 805)

(٥) انظر الأحكام المشار إليه فى مؤلف Serge Guinchard et Jacques Buısson, op. cit., p 261.

١٧٥ـ الضمانات القانونية للمساس بحرية التنقل

تعتمد هذه الضمانات مراعاة المشرع للتوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة. وتتمثل فى التشريع المصرى فيما يأتى:

أ ـ القبض: يباشر سلطة القبض فى حالة التلبس مأمور الضبط القضائى فى أحوال حددها القانون؛ إذ نصت المادتان ٣٤ و٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية على أن لمأمور الضبط القضائى فى أحوال التلبس بالجنايات أو بالجنح التى يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر، أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذى توجد دلائل كافية على اتهامه بالجريمة، فإن لم يكن حاضرا جاز لمأمور الضبط القضائى أن يصدر أمرا بضبطه وإحضاره.

ويتعين التمييز بين القبض القانونى الذى يباشره مأمور الضبط القضائى والقبض المادى الذى يباشره الأفراد للحيلولة دون فرار أحد الأشخاص، فمن تشهد ظروف الأحوال بارتكابهم جريمة ما، فيكون من الأجدر وضعه بين يدى السلطة المختصة بالتحقيق معه، وذلك تطبيقا للمادة ٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية التى نصت على أن لكل فرد شاهد الجانى متلبسا بجناية أو بجنحة يجوز فيها قانونا الحبس الاحتياطى أن يسلمه إلى أقرب رجال السلطة العامة دون احتياج إلى أمر بضبطه(١). ولا يجوز للأفراد ولا لرجال السلطة العامة احتجاز الشخص المضبوط لمدة أطول مما يقتضيه تسليمه إلى أقرب رجال السلطة العامة أو مأمورى الضبط القضائى حسب الأحوال.

ومن ناحية أخرى أجازت محكمة النقض لمأمور الضبط القضائى ـ ويميزه من رجال السلطة العامة بوصفهم من مأمورى الضبط الإدارى ـ استيقاف المشتبه فى أمره للتحقق من شخصيته(٢). وذهبت محكمة النقض إلى أن هذا الاستيقاف يبرر ملاحقة الشخص فى أثناء فراره للتحرى عن حقيقة أمره بشرط أن يدل هذا الفرار

---

(١) نقض ٤ أكتوبر سنة ١٩٥٥، مجموعة الأحكام س ٦ رقم ٣٥٢ ص ١١٠٦.

(٢) نقض ٢٥ يناير سنة ١٩٧٩، مجموعة الأحكام س ٣٠ رقم ٣٠ ص ١٥٩. وانظر الدكتور محيى الدين عوض فى حدود القبض والحبس الاحتياطى على ذمة التحرى فى القانون السودانى، مجلة القانون والاقتصاد س ٦٢ (١٩٩٢) ص ٥١٤،

فى ذاته على الارتياب فى أمره[1]. وهذا الاستيقاف ليس قبضا، لأنه لا يجوز أن يقترن بأية محاولة لمنع الشخص من التنقل[2]، لأنه ليس من إجراءات التحقيق بل هو إجراء إدارى بحت، مثال ذلك مطالبة المشتبه فى أمره بتقديم بطاقة الشخصية[3]. وقد عرفته محكمة النقض بأنه إجراء بمقتضاه يحق لرجل السلطة العامة أن يوقف الشخص ليسأله عن هويته وعن حرفته ومحل إقامته ووجهته إذا اقتضى الحال على أساس أن له مسوغا، وأنه يشترط لهذا الاستيقاف أن يضع الشخص نفسه طواعية واختيارا فى موضع الشبهات والريب، وأن ينبئ هذا الوضع عن صورة تستلزم تدخل المستوقف للكشف عن حقيقته[4].

كما يتعين التمييز بين القبض والإجراء التحفظى؛ إذ نصت الفقرة الثانية المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جناية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعد شديد أو مقاومة لرجال السلطة العامة بالقوة والعنف، جاز لمأمور الضبط القضائى أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة، وله أن يطلب فورا من النيابة العامة أن تصدر أمرا بالقبض عليه.

وقد عرف القانون الفرنسى نوعين من القبض: «Garde á vue» يباشره مأمور الضبط القضائى عند توافر دلائل تفيد ارتكاب المشتبه فيه جريمة، ولمدة ٢٤ ساعة. ويمكن للنيابة العامة زيادتها بأمر مكتوب لمدة ٢٤ ساعة أخرى، ويجوز فى جرائم المخدرات بناء على طلب النيابة العامة مدها لمدة ٤٨ ساعة بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية أو من يندبه[5]. وقد كان قانون الإجراءات الجنائية المصرى يعرف هذا

---

(١) نقض ١٨ مارس سنة ١٩٦٨، مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ٦٠ ص ٣٢٨، ١٢ يناير سنة ١٩٧٥ س ٢١ رقم ١٨ ص ٨.

(٢) نقض ١٦ مايو سنة ١٩٦٦، مجموعة الأحكام س ١٧ رقم ١١٠ ص ٦١٣.

(٣) نقض ٥ يناير سنة ١٩٧٠ مجموعة الأحكام س ٢١ رقم ٩ ص ٤٣.

(٤) نقض ١٧ إبريل سنة ٢٠٠٠ فى الطعن رقم ٢٢١٦٨ لسنة ٦٤ قضائية، ١٢ إبريل سنة ١٩٩٠ مجموعة الأحكام س ٤١ ص ٦٣١، و٢٣ ديسمبر سنة ١٩٨٧ س ٣٨ ص ١١٣١.

(٥) وقد أحاط قانون ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ هذا الإجراء بضمانات مهمة هى: ضرورة إحاطة المشتبه فيه بطبيعة الجريمة محل التحقيق وإخطاره بحقه فى الاستعنة بمحام وبحقه فى عدم الإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه، وبحقه فى أن يطلب من النيابة العامة بعد مضى ٦ شهور من اتخاذ هذا الإجراء ضده إحاطته علما بالتصرف الذى اتخذ فى هذا الشأن. (انظر فى الموضوع: Jacques Buisson, La garde á vue dans la loi du 15 Juin 2000, Rev. sc. crim. 2001, pp. 25-41).

النوع من القبض فى المادة ٣٤ قبل تعديلها بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧١ . فقد كانت هذه المادة تجيز لمأمور الضبط القضائى عند توافر دلائل كافية على ارتكاب جناية أو جنحة أن يقبض على المتهم لمدة ٢٤ ساعة ويرسل للنيابة العامة التى يجوز لها مد هذا القبض لمدة ٢٤ ساعة أخرى .

ب ـ تحديد حالات ممارسة سلطة التحقيق للأمر بالقبض على المتهم أو حبسه احتياطيا : وحد القانون الحالات التى يجوز فيها القبض على المتهم وحبسه احتياطيا وهى الجنايات والجنح المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة شهور (المادة ١٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية) . وفى غير هذه الحالات يجوز الأمر بالقبض إذا لم يحضر المتهم بعد تكليفه بالحضور دون عذر مقبول ، أو إذا خيف هربه ، أو إذا لم يكن له محل إقامة معروف أو إذا كانت الجريمة فى حالة تلبس(١) .

١٧٨ـ فى الحبس الاحتياطى

يجب النظر إلى الحبس الاحتياطى بوصفه إجراء يفرض على المتهم ـ الذى تفترض براءته وفقا للدستور حتى يصدر حكم قضائى بإدانته ، وأنه يتناقض بذلك

---

(١) نصت المادة السابعة مكررا من قانون إنشاء محاكم أمن الدولة فى فقرتها الثالثة على أن يكون لمأمور الضبط القضائى إذا توافرت لديه دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها فى القسم الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من قانون العقوبات «المتعلق بجرائم الإرهاب» ، أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة ، وأن يطلب من النيابة العامة خلال أربع وعشرين ساعة على الأكثر أن تأذن له فى القبض على المتهم . وللنيابة العامة فى هذه الحالة ولأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع أن تأذن بالقبض على المتهم لمدة لا تتجاوز سبعة أيام . ويجب على مأمور الضبط القضائى أن يسمع أقوال المقبوض عليه ويرسله إلى النيابة العامة المختصة بعد انتهاء المدة المشار إليها فى الفقرة السابقة ، ويجب على النيابة العامة أن تستجوبه فى ظرق اثنتين وسبعين ساعة من عرضه عليها ، ثم تأمر بحبسه احتياطيا أو إطلاق سراحه . وقد أضاف هذا النص أنه خول مأمور الضبط القضائى سلطة اتخاذ الإجراءات التحفظية المناسبة وطلب إصدار النيابة العامة الأمر بالقبض فى شأن جرائم لم يرد النص عليها فى المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية . كما تضمن نص المادة السابقة من قانون إنشاء محاكم أمن الدولة إضافة ثانية هى جواز إبقاء المتهم المقبوض عليه لدى مأمور الضبط القضائى مدة تصل إلى سبعة أيام بإذن من النيابة العامة . كما أطال المدة التى يتعين خلالها على النيابة العامة أن تستجوب المتهم ، ثم تأمر بالقبض عليه أو بإطلاق سراحه ، فقد جعلها اثنتين وسبعين ساعة فى حين أن المادة ٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية قصرت هذه المدة على أربع وعشرين ساعة .

مع ما يتمتع به البرىء من حرية شخصية، إلا أن نظام الحماية الدستورية سمح بالتوازن بين حرية الشخصية والمصلحة العامة. ونظرا إلى خطورة هذا الإجراء على الحرية الشخصية للمتهم، فإن مشروعيته تتوقف على الضمانات التى يحيطه القانون بها لوضع حدود هذا التوازن وتأكيد جوهر هذه الحرية تطبيقا لأصل البراءة والذى لا يجوز التفريط فيه.

وقد لوحظ أن الحبس الاحتياطى له ماض ملوث، فقد أسىء استخدامه فى كثير من الدول وخاصة فى النظم التسلطية التى تتفوق فيها السلطة، بحكم نظامها السياسى. فبمقتضى هذا الإجراء يودع المتهم فى السجن خلال فترة التحقيق كلها أو بعضها ويتعرض لانتهاك كرامته الإنسانية بالصورة التى كان يتمتع بها وهو طليق السراح، وذلك بما يحدث لدى المتهم من أذى بليغ وصدمة عنيفة، تمس شخصه وشرفه وسمعته وأسرته ومصالحه، الأمر الذى يحقق به أضرارا بليغة يستحيل تعويضها[1]. لهذا كان ضروريا أن يحاط هذا الإجراء بأكبر قدر من الضمانات التى تكفل وضعه فى النطاق السليم لتأكيد أصل البراءة للمتهم رغم التناسب المراد تحقيقه بين الحرية الشخصية والمصلحة العامة. ولا شك فى أن عبارة «ضرورة التحقيق» التى وردت فى المادة ٤١ من الدستور تشير بجلاء إلى التناسب الذى يجب أن يراعيه المشرع عند تقرير الحبس الاحتياطى بين الحرية الشخصية والمصلحة العامة لتحقيق التوازن بينهما، والذى يجب تبعا لذلك أن تراعيه السلطة المختصة بالتحقيق.

ولما كانت ضرورة التحقيق هى الوجه الذى تتجسد فيه المصلحة العامة، فإن الحبس الاحتياطى يجب أن يهدف إلى ضمان سلامة التحقيق من خلال وضع المتهم تحت تصرف المحقق وتمكينه من استجوابه أو مواجهته كلما رأى محلا لذلك والحيلولة دون تمكينه من العبث بأدلة الدعوى أو التأثير على الشهود أو تهديد المجنى عليه، وبوجه عام مساعدة المحقق على كشف الحقيقة التى يبحث عنها. وقد لوحظ أنه تحت تأثير أفكار الدفاع الاجتماعى اتسع نطاق الهدف من هذا الإجراء لكى يشمل أيضا الوقاية أو الاحتراز، وذلك للحيلولة دون عودة المتهم إلى الجريمة

---

(١) انظر مؤلفنا: الشرعية والإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٧٧، مرجع سابق، ص ٢٦١.

المنسوبة إليه أو لوقاية المتهم من احتمالات الانتقام منه أو لتهدئة الشعور العام الثائر بسبب جسامة الجريمة، بالإضافة إلى ضمان تنفيذ الحكم عليه بالحيلولة دون هروبه. ونحن لا نقر الهدف من الحبس الاحتياطى، حتى لا يتحول إلى تدبير احترازى يجعله فى مصاف العقوبات، مما يتعارض مع طبيعته الوقتية. فيجب ألا ينحرف الحبس الاحتياطى عن مصلحة التحقيق، أما مراعاة الشعور العام بسبب جسامة الجريمة فلا يجوز مواجهته بحبس أناس تفترض فيهم البراءة، وخاصة أن هذا الشعور العام قد يكون مصطنعا تحت تأثير الحملات الصحفية التى لا تستهدف غير الإثارة التى تبتعد عن المصلحة العامة. وقد تأكد هدف مصلحة التحقيق - دون غيره من الأهداف فى المادة ١٤٣/ ١ من قانون الإجراءات الجنائية التى نصت على سلطة محكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة المشورة فى مد الحبس الاحتياطى إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك. ولا يجوز أن يكون محض تدبير احترازى لصيانة أمن المجتمع. وإذا كان الدستور قد نص على هذا الهدف بالإضافة إلى ضرورة التحقيق عند اتخاذ إجراءات مقيدة للحرية، (المادة ٤١)، فإن ذلك لم يكن بشأن الحبس الاحتياطى الذى يعد أخطر هذه الإجراءات المقيدة للحرية، ويترك للمشرع فى حدود سلطته التقديرية اختيار الهدف من هذا الإجراء فى إطار الدستور، وقد اختاره وحدده تحديدا، وهو مصلحة التحقيق (المادة ١٤٣/ ١ إجراءات).

وضمانا للتأكد من التناسب بين حرية الانتقال والمصلحة العامة أوجب القانون الألمانى فى الجنايات (المادة ١١٤/ ٢)أن يبين المحقق الوقائع التى اتخذها أساسا للحبس الاحتياطى، ونص على أن سبب الحبس الاحتياطى هو المحافظة على الأدلة للحظر، أو منع المتهم من الهرب وأن تقدير هذه الأسباب يكون وفقا لظروف كل حالة على حدة (المادة ١١٢/ ٢). وجاء القانون الألمانى بعد تعديله سنة ١٩٧٢ ونص على أنه يكفى الاستدلال من سلوك المتهم على توافر قرينة جسيمة على الحبس الاحتياطى. وقد قضت المحكمة الدستورية الألمانية بأنه يكفى لتبرير الحبس الاحتياطى توافر ظروف معينة تتعلق بقرينة الخشية من هرب المتهم أو خطر المساس بالمحافظة على الأدلة حتى ولو كان هذا الخطر لا يمكن إثباته بوقائع محددة ما دامت أنها غير مستبعدة وفقا لوقائع الدعوى، وكذلك الشأن بالنسبة إلى التخوف

والجدوى من عودة المتهم إلى ارتكاب جرائم أخرى لها نفس الطبيعة(١).

أ ـ لا يجوز تنفيذ أوامر الضبط والإحضار وأوامر الحبس الصادرة من قاضى التحقيق بعد مضى ستة شهور من تاريخ صدورها، ما لم يعتمدها قاضى التحقيق لمدة أخرى (المادة ١٣٩ إجراءات)، وهو ما يسرى على الأوامر الصادرة من النيابة العامة (المادة ١٩٩ إجراءات) وهو ما يسرى بحسب القواعد العامة على أوامر مد الحبس الاحتياطى الصادرة من محكمة الجنح المستأنفة المنعقدة فى غرفة المشورة، أو من المحكمة المختصة طبقا للمادة ١٤٣ إجراءات، إذا تعذر تنفيذ أوامر المد بسبب هروب المتهم. هذا دون الإخلال باختصاص سلطة التحقيق بالأمر بالحبس وفقا للقواعد العامة فى تهمة الهروب التى قارفها المتهم. وقد نصت المادة ، مكررا من القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء محاكم أمن الدولة المعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ على أنه يكون للنيابة العامة فى تحقيق الجرائم المنصوص عليها فى القسم الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من قانون العقوبات بالإضافة إلى الاختصاصات المقررة لها ـ سلطات قاضى التحقيق، وسلطة محكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة مشورة المنصوص عليها فى المادة ١٤٣ من قانون الإجراءات الجنائية.

ب ـ ولا يجوز حبس المتهم احتياطيا إلا بعد استجوابه. ويجب أن يكون الحبس الاحتياطى مؤقتا، فى حدود الحد الأقصى الذى بينه القانون، فقد نصت المادة ١٤٣/ ٣ إجراءات المعدلة بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢. على أنه فى جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد مدة الحبس الاحتياطى على ستة شهور ما لم يكن المتهم قد أعلن بإحالته إلى المحكمة المختصة قبل انتهاء هذه المدة. فإذا كانت التهمة المنسوبة إليه جناية، فلا يجوز أن تزيد مدة الحبس الاحتياطى على ستة شهور إلا بعد الحصول ـ قبل انقضائها ـ على أمر من المحكمة المختصة بمد الحبس مدة لا تزيد على خمسة وأربعين يوما قابلة للتجديد لمدة أخرى مماثلة، وإلا وجب الإفراج عن المتهم فى جميع الأحوال.

وقد أوجب قانون الإجراءات الجنائية (المادة ١٤٣/ ٢) عرض الأمر على النائب

---

(١) انظر حكم المحكمة الألمانية فى ١٥ ديسمبر مشارا إليه فى مقال G. Grebıng, Les problemes de la détention préventive en republıque fédérale d'Allcmagne, Rev. sc. crım 1975, p. 968 et 969

العام إذا انقضى على حبس المتهم احتياطيا ثلاثة شهور وذلك لاتخاذ الإجراءات التى يراها كفيلة للانتهاء من التحقيق. وهو ما يدل بوضوح على الربط بين استمرار الحبس الاحتياطى ومصلحة التحقيق. وهذا النص له نظير فى قانون الإجراءات الجنائية الإيطالى (المادة ٢٧٢) ومن خلال هذا العرض يستعرض النائب العام مدى توافر مبررات الحبس الاحتياطى ويتخذ قرار الإفراج فى ضوء مصلحة التحقيق، حتى ولو كان منع الحبس صادرا بقرار من غرفة المشورة بناء طلب قاضى التحقيق. وسوف نبين فيما بعد أن هذا القيد يعبر عن ضمان سرعة المحاكمة.

جـ- وقد نصت المادة ٧١ من الدستور على حق المتهم أو غيره فى التظلم أمام القضاء من الإجراء الذى يقيد حريته الشخصية فى جميع الأحوال، وعلى أن ينظم القانون حق التظلم بما يكفل الفصل فيه خلال مدة محددة، وإلا وجب الإفراج حتما. وقد كان أصل هذه المادة فى مشروع الدستور ينص على عرض التظلم على رئيس محكمة الجنايات المختصة فى خلال مدة معينة، وكان المقصود منها هو الأخذ بنظام الـ «Habeas Corpus» أى الأمر بإحضار المحبوس بذاته لبحث مدى مشروعية حبسه[1]. وتطبيقا لهذا النص صدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ فأجرى تعديلا على قانون الطوارئ كفل للمعتقل حق التظلم بعد مضى ثلاثين يوما من أمر الاعتقال أمام محكمة أمن الدولة العليا وأوجب على المحكمة أن تفصل فى هذا التظلم بقرار مسبب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديم التظلم وذلك بعد سماع أقوال المعتقل وإلا تعين الإفراج عنه فورا (المادة ٣ مكررا). وقد كفل هذا النص الضمان القضائى فى حالة تقييد الحرية بالطريق الإدارى (الاعتقال) طبقا لقانون الطوارئ. أما فى الأحوال العادية، فإن نصوص قانون الإجراءات الجنائية تكفل تحديد مدد القبض والحبس الاحتياطى والجهة القضائية المختصة بتقريرها أو مدها. ولكن يثور التساؤل فى حالة استمرار الحبس دون سند من القانون ودون تمكين صاحب الشأن من الطعن عليه. فى هذه الحالة يتعين على النيابة العامة بوصفها الأمينة على المصلحة العامة أن تأمر بالإفراج فورا عن المتهم، فإذا لم يتيسر ذلك تعين الالتجاء إلى المحكمة المختصة بنظر الجريمة المنسوبة إلى المتهم؛ بوصفها

---

(١) وقد أتى هذا النص فى مشروع الدستور بناء على اقتراحنا فى اللجنة الفرعية للحقوق والحريات المنبثقة من اللجنة التحضيرية للدستور.

القاضى الطبيعى للدعوى للنظر فى مدى مشروعية الحبس الاحتياطى. ونرى وضعا للأمور فى نصابها التدخل بنص تشريعى صريح يؤكد هذا المعنى.

وترتكز هذه الضمانات القانونية على مبدأ التوازن بين مقتضيات المحافظة على النظام العام باستيفاء الحاجة إلى ضبط الجناة ومراعاة مصلحة التحقيق، وبين سائر الضمانات التى وفرها الدستور لحرية الانتقال. فالضمانات الدستورية لا تحول دون مباشرة إجراءات جنائية بقصد المحافظة على النظام العام (المصلحة العامة). ولا ضير فى أن تتفاوت الضمانات بقدر تفاوت جسامة الجريمة من حيث طبيعتها، طالما أنه قد وفر للمتهمين فى الجريمة ضمانات تحمى حقوقهم بغض النظر عن تفاوت هذه الضمانات مع المتهمين فى جرائم أخرى، طالما أن هذا التفاوت قد بنى على معيار موضوعى بهدف ضمان فعالية التحقيق. وهذا المعنى هو ما أكده المجلس الدستورى الفرنسى بشأن النصوص التى أجازت إجراءات خاصة للمتهمين فى جرائم الإرهاب[1].

ويدق الأمر بالنسبة إلى الحبس الاحتياطى، لا بالنظر إلى مساسه بحرية الانتقال فحسب، وإنما بالنظر أيضا إلى مساسه بأصل البراءة فى المتهم. على أن الموازنة بين المصلحة العامة المتمثلة فى تحقيق حسن إدارة العدالة من خلال الحبس الاحتياطى محافظة على مصلحة التحقيق، تتطلب الإذن بالحبس الاحتياطى فى إطار من الضمانات التى تفيد أن الحبس الاحتياطى ليس إلا إجراء يرد استثناء على أصل عام هو حرية الانتقال، وأصل آخر هو براءة المتهم. ولهذا قرر المجلس الدستورى الفرنسى شرعية الحبس الاحتياطى[2]. وقضت المحكمة الدستورية الأسبانية بأن الحبس الاحتياطى يقع بين واجب الدولة فى مباشرة الاتهام بفاعلية، وواجبها فى المحافظة على حرية المواطن[3]. وقضت محكمة النقض المصرية أن استمرار اعتقال المتهم تنفيذا لقرار رئيس الجمهورية إعمالا للقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن

---

(١) انظر: Décision No.86 -213 Dc du 3.9.1986, Rec., p. 127.
Décision No. 93 - 326 Dc du 11.8.1993, Rec., p. 217.

(٢) Décision No.80 - 127 Dc des 19 et 20. 1. 1981, Rec., p .21.

(٣) انظر: Pierre cambot; la protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, 1998, p.153. وقد أشار إلى حكمين أحدهما فى سنة ١٩٨٢ و ١٩٨٧.

بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة رغم القضاء بعدم دستوريته بناء على حكم المحكمة الدستورية العليا فى الأول من إبريل سنة ١٩٧٨ فى القضية رقم ٥ لسنة ٧ قضائية، وهو حكم ينسحب على الوقائع السابقة عليه، يتسم بمخالفة صارخة للقانون ومشوب بعيب ينحدر به إلى مرتبة الفعل المادى المعدوم الأثر لما ينطوى عليه من اعتداء على الحرية الشخصية، فيصبح متجردا من صفة الإدارية وتسقط عنه الحصانة المقررة للقرارات الإدارية، ويختص بالتالى القضاء العادى برفع ما نتج عن هذا الإجراء المادى من آثار(١).

وطالما أن شروط الحبس الاحتياطى التى وضعها القانون تمثل إطار التوازن بين المصلحة العامة وحماية الحرية الشخصية، فإن إخلال المشرع بهذا التوازن الذى يتحدد مناطه بالتناسب بين شروط الحبس الاحتياطى وبين المصلحة العامة، يخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا إذا كان عدم التناسب واضحا وظاهرا. ولا شك فى أنه من عناصر قياس التناسب الربط بين مدة الحبس الاحتياطى والسلطة الآمرة بها، وما إذا كانت جسامة الجرائم تعد عنصرا يبرر توسيع اختصاص السلطة الآمرة بالحبس الاحتياطى، ومدى تماثل المراكز القانونية للمتهمين بالجرائم على اختلاف جسامتها، ومدى علاقة جسامة الجريمة بمبررات الحبس الاحتياطى.

١٧٧- (ثالثا) الحق فى الحياة الخاصة

القيمة الدستورية للحق:

عنى الدستور المصري بالنص صراحة على حماية الحق فى الحياة الخاصة، فنصت المادة ٤١ من الدستور على أنه فيما عدا حالة التلبس لا يجوز تفتيش أحد إلا بأمر وتستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقا لأحكام القانون. ونصت المادة ٤٤ من الدستور على أن للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون. ونصت المادة ٤٥ من الدستور على أن لحياة المواطنين

---

(١) نقض مدنى فى ١٤ يونية سنة ١٩٩٠، مجموعة الأحكام س ٤١ قاعدة رقم ٢٢٤ ص ٢٩٩.

الخاصة حرمة يحميها القانون . وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة ، وسريتها مكفولة ، ولا يجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائى مسبب ولمدة محددة ووفقا لأحكام القانون .

وقد لوحظ أن نصوص الدساتير المختلفة لا تشير صراحة إلى الحق فى الحياة الخاصة أو إلى عناصره . ومن أهم أمثلة ذلك دستور الولايات المتحدة الأمريكية ، فقد كشف الفقه الأمريكى هذا الحق «right of privacy» ثم أكده التشريع الأمريكى إلى أن استخلصت المحكمة العليا الأمريكية بعد ذلك قيمته الدستورية من ميثاق الحقوق «Bill of rights» . وكذلك الحال النسبة للدستور الفرنسى إذ لم يرد به أى نص صريح يضفى القيمة الدستورية على الحق فى الحياة الخاصة[1] إلى أن أكد المجلس الدستورى الفرنسى فى عدة مناسبات قيمته الدستورية بوصفه متصلا بالحرية التى يحميها إعلان حقوق الإنسان الصادر سنة ١٧٨٩ (المادة ٢) والذى تضمنته مقدمة الدستور الفرنسى[2] .

وتقرر نصوص المواد ٤١ ، ٤٤ ، ٤٥ من الدستور المصرى حماية الحق فى الحياة الخاصة . وكما هو واضح من هذه النصوص ، فإن هذا الحق يمارسه الإنسان من خلال عدة مجالات هى كيانه الشخصى ويتمتع بحرمة الشخص (المادة ٤١ من الدستور) ، ومسكنه ويتمتع بالحرمة (المادة ٤٤ من الدستور) ، ومراسلاته وتتمتع بالحرمة (المادة ٤٥ من الدستور) ومحادثاته الشخصية وتتمتع بالحرمة (المادة ٤٥ من الدستور) .

---

(١) انظر قضية : Griswold V. Connecticut 381 us 479 (1965) وانظر فى تفصيل ذلك تقريرا للاستاذ Gwy Scoffoni المقدم فى الدائرة المستديرة الدولية عقد فى Aix-en Provece فى ١٥ ديسمبر سنة ٢٠٠٠ عن الدستور وسرية الحياة الخاصة .
(Annuaire International de justice constitutionnelle, 2000, pp. 247-259).

(٢) انظر بالنسبة لتفتيش السيارات : 76-57 Dc du 12 Janvier 1977
وانظر بالنسبة للتفتيش الضريبى . 83-164 Dc du 29 Décembre 1983
وانظر بالنسبة للتصوير داخل المنازل ومخارجها : 94-352 Dc du 18 Janvier 1977
وانظر بالنسبة للمحافظة على أسرار المرضى : Déc. no. 99-416 Dc du 24 Juillet 1999
Annuaire International de justice constitutionnelle, 2000, p 259-295.
وانظر فى الموضوع : Isabelle Lolles, La protection pénale de la vie privée, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

وتمتد حرمة الحياة الخاصة إلى السيارة الخاصة، فتأخذ حكم حرمة الشخص[1]، وكذلك الشأن بالنسبة إلى حرمة المتجر[2].

على أنه بالإضافة إلى هذه الحرمة التى يقررها الدستور للحياة الخاصة، فإن الحق فى الحياة الخاصة يعطى لصاحبه حق إضفاء طابع السرية على المعلومات التى تتولد عن ممارسة حياته الخاصة. وهذا المعنى الأخير هو الذى يميز الحياة الخاصة عن الحياة العامة التى يعيشها الفرد على مشهد من المجتمع، والتى تتميز بالعلانية.

وفى هذا المعنى جاء فى حكم المحكمة استئناف باريس بتاريخ ٦ مارس لسنة ١٩٥٥ أن «ذكريات الحياة الخاصة لكل فرد تتعلق بقطعته الأدبية وأنه لا يملك أحد حقا فى نشرها ولو بغير نية الإضرار طالما كان ذلك بدون ترخيص صريح من صاحب الحياة التى يحكى عنها. هذا بينما أن الحياة العامة للفرد تخضع بغير شك إلى قواعد مختلفة»[3].

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن ثمة مناطق من الحياة الخاصة لكل فرد تمثل أغوارا لا يجوز النفاذ إليها، وينبغى دوما ألا يقحمها أحد ضمانا لسريتها وصونا لحرمتها، ودفعا لمحاولة التلصص عليها أو اختلاس بعض جوانبها[4]. والحق فى إضفاء طابع السرية على المعلومات المستمدة من حرية ممارسة الحياة الخاصة حق أكده الدستور المصرى حين قرر بوجه عام فى الفقرة الأولى من المادة ٤٥ أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون.

وتتكون حرمة الحياة الخاصة من عنصرين هما:

(١) حرية ممارسة الحياة الخاصة (La liberté de disposer de soi - méme).

(٢) الحق فى حماية الخصوصية الناتجة عن ممارسة الحياة الخاصة (La

---

(١) قضت محكمة النقض بأن القيود الواردة على حق رجل الضبط القضائى فى إجراء القبض والتفتيش بالنسبة إلى السيارات إنما تنصرف إلى السيارات الخاصة بالطرق العامة فتحول دون تفتيشها أو القبض على ركابها إلا فى الأحوال الاستثنائية التى رسمها القانون طالما هى فى حيازة أصحابها. (نقض ١٣ ديسمبر سنة ١٩٩٠ مجموعة الأحكام س ٤١ ص ١٠٩٤، ١٠ نوفمبر سنة ١٩٨٣ س ٣٤ ص ٩٤٠، ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٧٥ س ٢٦ ص ٧٧٨، ٤ مارس سنة ١٩٦٨ س ١٩ ص ٣٢٠).

(٢) نقض ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٨ مجموعة الأحكام س ٢٩ ص ١٨٥.

(٣) Cour Paris 16 Mars 1955, D. 1955 J.C.P. 1955. 11. 8656, Gaz. pal. 1955. I. 396.

(٤) نقض ١١ فبراير سنة ١٩٧٤ فى الطعن رقم ٦٨ لسنة ٤٤ قضائية، مجموعة الأحكام س ٢٥ ص ١٣٨.

وهذا العنصر الثانى يتمثل فى حق كل إنسان فى عدم (protection de l'intometé) نشر أخبار حياته الخاصة إلا بموافقته، وحقه فى حفظ أسرار مراسلاته ومحادثاته الشخصية[1].

وهناك مجالات مختلفة للحق فى الحياة الخاصة تتمثل فى حرمة الشخص بدنيا ونفسيا وما يحمله معه، وحرمة المسكن، وحرمة المراسلات، وحرمة المحادثات الشخصية، ويصاحب هذا الحق حرية ممارسة الحياة الخاصة فى مجالاتها المختلفة، وقد تأكدت هذه الحماية بالإعلان العالمى لحقوق الإنسان (المادة ١٢) والعهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية (المادة ١٧)[2].

وفى الولايات المتحدة على الرغم مما نص عليه التعديل الرابع للدستور الأمريكى من حرية الشخص والمسكن وأوراقه ومتعلقاته الشخصية فى مواجهة التفتيش[3] إلا أن البحث انصب على مدى حماية الدستور الأمريكى لهذا الحق فى مواجهة التنصت على أسرار الحياة الخاصة. وقد ترددت المحكمة العليا الأمريكية فى تقرير هذه الحماية الدستورية[4]. إلى أن قضت فى ١٢ ديسمبر لسنة ١٩٦٧ بأن هذه الحماية تتوافر أيضا فى مواجهة التصنت التليفونى[5]، ووصف بعض قضاة المحكمة العليا الأمريكية التجسس على المكالمات التليفونية بأنه عمل غير شرعى، وقال عنه البعض الآخر بأنه عمل قذر، وأن الدليل المستمد منه هو ثمرة شجرة مسمومة[6].

---

(١) انظر: Luchaire, op. cit., p. 90 et 91.

(٢) ونصت على هذه الحماية أيضا الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة ١٩٥٠ (المادة ٨)، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٦٩ (المادة ١١). وقد أكد المجلس الدستورى الفرنسى أن الحق فى الحياة الخاصة يتضمن حرمة inviolabilité المسكن منذ قراره الصادر فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٨٣.
(Décision no 83-164 Dc du 29 décembre 1983, Rec. const. const., p. 67).

(٣) Marcus, Criminal justice reforms. in the United States, Revue Internationale de droit pénal, 1993, p. 1358

(٤) انظر: François Rigaurx, l'élaboration d'un "Right of privecy" par la jurisprudence amiricaine, Rev, Internationale de droit comparé 1980, p. 701 - 730. Olmsted V.U.S., 277 U.S. 4381 les V.U.S. 343 U.S. 747 (1982).

(٥) انظر: Katz V.U.S., 389 U.S 247 (1967) Ringaux, op. cit., p 732.
وانظر الدكتور محمد أبو العلا عقيدة: فى «مراقبة المحادثات التليفونية»، دار الفكر العربى، ١٩٩٣، ص ٧٣ وما بعدها.

(٦) انظر القاضى فرانكفورتر فى قضيته: Nardone V.U.S. 338 (1939)

وفى فرنسا، لوحظ أن المجلس الدستورى قد طعن أمامه أكثر من مرة بأن القانون لم يحترم الحق فى الحياة الخاصة ورغم تأكيده فى الحالات التى عرضت عليه بعدم توافر مساس بالحق فى الحياة الخاصة، فإنه قد أكد القيمة الدستورية لهذا الحق[١]. وتطبيقا لذلك قرر صراحة عدم دستورية النص الذى يوجب على المجلس الأعلى للسمعيات والبصريات عند تعيين رئيس مجلس إدارة شركة تليفزيون فرنسا وغيره من رؤساء الشركات المذكورين فى هذا النص بأن يكون قرار المجلس مسببا مشفوعا بنشر المداولات التى أجراها المجلس عند اتخاذ قرار التعيين. وقد أسس المجلس الدستورى عدم الدستورية على أن نشر المداولات قد يمس الالتزام باحترام الحياة الخاصة للمرشحين[٢]. كما قرر فى عام ١٩٩٦ دستورية النص الذى يجيز التفتيش فى مجال البحث عن مرتكبى جرائم الإرهاب طالما كان هذا البحث لازما لحماية المبادئ والحقوق ذات القيمة الدستورية[٣]. ويكشف هذا القرار الأخير عن أهمية التوازن بين القيم الدستورية المختلفة.

١٧٨ـ الضمانات الدستورية للمساس بالحق فى الحياة الخاصة

أجاز الدستور المساس بحرمة الحياة الخاصة تحقيقا للمصلحة العامة فى إطار ضمانات معينة تكفل التوازن بين هذه المصلحة العامة والحقوق والحريات. وتتمثل هذه الضمانات فى ضرورة صدور أمر قضائى مسبب، إذا تطلبت ذلك مصلحة لتحقيق وصيانة أمن المجتمع، وذلك على النحو الآتى:

١ـ فيما يتعلق بحرمة الشخص ومسكنه:

لا يجوز المساس بحرمة الشخص ـ من خلال التفتيش ـ فى غير حالة التلبس، إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقا لأحكام القانون. وبالنسبة إلى حرمة المساكن فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب. وقد حددت المحكمة

---

(١) انظر: Dec du 23 Jiullet 1999, 99-416 Dc.
وراجع فى ذلك: Luchire, op. cit., p. 92.
(٢) انظر: Décision No. 2000- 433 Dc. du 27 Jiullet 2000
(٣) Décision No.93 - 334 Dc du 20. 1. 1994, Rec., p. 27.
مشار إليه فى: Pierre Cambot, op. cit., p. 183.

الدستورية العليا فى مصر نطاق الضمانات الدستورية التى يتمتع بها الحق فى حرمة الشخص، والحق فى حرمة المسكن. فقالت بأن المشرع الدستورى قد فرق فى الحكم بين تفتيش الأشخاص وتفتيش المساكن فيما يتعلق بضرورة أن يتم التفتيش فى الحالتين بأمر قضائى ممن له سلطة التحقيق أو من القاضى المختص كضمانة أساسية لحصول التفتيش تحت إشراف مسبق من القضاء، فقد استثنت المادة ٤١ من الدستور من هذه الضمانة حالة التلبس بالجريمة بالنسبة للقبض على الشخص وتفتيشه فضلا عن عدم اشتراطها تسبيب أمر القاضى المختص أو النيابة العامة بالتفتيش، فى حين أن المادة ٤٤ من الدستور لم تستثن حالة التلبس من ضرورة صدور أمر قضائى مسبب ممن له السلطة فى التحقيق، أو من القاضى المختص بتفتيش المسكن سواء قام بهذا الأمر بنفسه أو أذن لمأمور الضبط القضائى بإجرائه، فجاء نص المادة ٤٤ من الدستور المشار إليه عاما مطلقا لم يرد عليه ما يخصصه أو يقيده مما مؤداه أن هذا النص الدستورى يستلزم فى جميع أحوال تفتيش المسكن التى تنبثق من الحرية الشخصية التى تتعلق بكيان الفرد وحياته الخاصة ومسكنه الذى يأوى إليه وهو موضع سره وسكينته، ولذلك حرص الدستور فى الظروف التى صدر فيها على التأكيد على عدم انتهاك حرمة المسكن سواء بدخوله أو بتفتيشه ما لم يصدر أمر قضائى مسبب دون أن يستثنى من ذلك حالة التلبس بالجريمة التى لا تجيز - وفقا للمادة ٤١ من الدستور - سوى القبض على الشخص وتفتيشه أينما وجد؛ يؤكد ذلك أن مشروع لجنة الحريات التى شكلت بمجلس الشعب عند إعداد الدستور كان يضمن نص المادة ٤٤ استثناء حالة التلبس من حكمها غير أن هذا الاستثناء قد أسقط فى المشروع النهائى لهذه المادة، وصدر الدستور متضمنا نص المادة ٤٤ الحالى حرصا منه على صيانة حرمة المساكن على ما سلف بيانه. وانتهت المحكمة الدستورية العليا إلى أنه بناء على وضوح نص المادة ٤٤ من الدستور من عدم استثناء حالة التلبس من الضمانتين اللتين أوردهما - أى صدور أمر قضائى وأن يكون الأمر مسببا، فلا يحق القول باستثناء حالة التلبس من حكم هاتين الضمانتين قياسا على إخراجهما من ضمانة صدور الأمر القضائى فى حالة تفتيش الشخص أو القبض عليه، ذلك بأن الاستثناء لا يقاس عليه كما أنه لا محل للقياس عند وجود النص الدستورى الواضح الدلالة. واستخلصت المحكمة فى ضوء ما تقدم عدم دستورية

المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية التى كانت تنص على أن لمأمور الضبط القضائى فى حالة التلبس بجناية أو جنحة أن يفتش منزل المتهم(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٤٩ إجراءات قد خالفت المادة ٤١/ ١ من الدستور فيما نصت عليه من تخويل مأمور الضبط القضائى الحق فى تفتيش الشخص إذا ما قامت ضده فى أثناء تفتيش منزل المتهم قرائن قوية على أنه يخفى شيئا يفيد فى كشف الجريمة دون أن يصدر أمر قضائى ممن يملك سلطة إصداره أو أن تتوافر فى حقه حالة التلبس(٢) . فما لم يسفر هذا التفتيش عن أثر من آثار حالة التلبس ينبئ بذاته عن إضفاء أدلة الجريمة بواسطة هذا الشخص - لا يجوز تفتيشه قانونا .

وقد قضت محكمة النقض بأن تسبيب الأمر بدخول المسكن أو تفتيشه إجراء لا مندوحة عنه ، منذ العمل بأحكام الدستور دون تربص صدور قانون أدنى(٣) .

ولا يكفى مجرد توافر الأمر القضائى المسبب ، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن تكون مصلحة التحقيق هى الهدف من هذا الأمر . فلا يجوز عند الأمر بتفتيش مكتب المحاماة لضبط أدلة الجريمة المنسوبة إلى المحامى أن يشمل الأمر ضبط الخطابات المتبادلة بينه وبين أحد موكليه بشأن خطة الدفاع عنه(٤) . وإذا لم يتضمن الأمر ذلك فلا يجوز أن يتخطى التنفيذ هذا القيد . وكذلك الشأن بالنسبة إلى عيادة الطبيب ، فلا يجوز أن يشمل التفتيش والضبط ما يمس حرمة الحياة الخاصة بالمرضى(٥) .

---

(١) الدستورية العليا فى ٢ يونية سنة ١٩٨٤ القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية «دستورية» . راجع مؤلفنا الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ، طبعة ١٩٨١ ص ٤٥٤ حيث قلنا إن المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية تخالف الدستور (المادة ٤٤) قبل أن يصدر حكم المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن .
وانظر أيضا فى هذا المعنى : نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٥ ، مجموعة الأحكام س ٣٦ ص ١٠٢٧ .

(٢) نقض جنائى فى ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣ ، مجموعة الأحكام س ٤٤ ص ٧٠٣ .
وانظر أيضا فى هذا المعنى : نقض ١٧ يناير ٢٠٠٠ ، الطعن رقم ٢٣٧٦٥ لسنة ٦٧ قضائية .

(٣) نقض ٧ مايو سنة ١٩٩٢ مجموعة الأحكام س ٤٣ ص ٤٨٥ ، ١٠ فبراير سنة ١٩٩١ س ٤٢ ص ٢٧٧ ، ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٨٧ س ٣٨ ص ٨٣٥ ، ٢٤ مارس سنة ١٩٧٥ س ٢٦ ص ٢٥٨ .

(٤) Cour d'appel de Bourges du 19 Janvier 1984, Gaz. Pal. 1984, 1, p. 344, note A.D.

(٥) Crim. 20 Janvier 1974, Gaz. Pal. 1984, 1, p. 308.

٢ـ حرمة المراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية:

أما بالنسبة للمساس بالحق فى الحياة الخاصة من خلال الاطلاع على المراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال، فقد كفل الدستور ألا يتم ذلك إلا بأمر قضائى مسبب ولمدة محددة (المادة ٤٥)[١]. وقد أكدت المحكمة الدستورية الألمانية فى ١٤ يولية سنة ١٩٩٩ فى هذا الشأن أن الحماية الدستورية لسرية المراسلات والمحادثات التليفونية تكفل للأفراد حرية هذه المراسلات والمحادثات، وعدم التوقف عن ممارستها أو تعديل مضمونها خشية الاستماع إليها أو مراقبتها[٢]. وقضت بعدم دستورية القيود التى أوردها نص تشريعى على سرية المراسلات، وبعدم دستورية السماح بمراقبة المراسلات والمحادثات دون إخطار صاحب الشأن بالتدابير التى اتخذت ضده (ويمكن أن يتم هذا الإخطار بعد إجراء المراقبة إذا كان من شأن الإخطار السابق المساس بالمصلحة العامة)، وبعدم دستورية إهدار الضمان القضائى اكتفاء برقابة لجنة برلمانية[٣]. وقد أوجبت المحكمة الدستورية العليا أن يتضمن التشريع حماية أسرار المراسلات أو المحادثات، ويتعين عليه أن يكفل التخلص منها طالما أنها لا تفيد فى تحقيق أهداف مراقبتها، وأن يتضمن التشريع إلزام الحكومة بعدم استخدام المعلومات التى تحصلت عليها لأغراض أخرى غير التى حددها القانون، كما مارست المحكمة سلطتها فى مراقبة التشريع فى الأحوال التى تجوز فيها هذه المراقبة للتحقق من التناسب بين تقييد حرية المراسلات وبين المصلحة العامة، فقضت بأنه إذا جاز ذلك فى جرائم الإرهاب والاتجار بأسلحة الحرب، والاتجار فى المخدرات وغسيل الأموال، فإن إباحة المساس بحرية المراسلات فى جرائم تزييف العملة لا يعد متناسبا، لأنها ليست فى خطورة غيرها من الجرائم التى أجيز فيها مراقبة المراسلات[٤]. ويلاحظ أن المحكمة الدستورية الألمانية إذ قضت بعدم دستورية

---

(١) وقد اكتفت محكمة النقض بأن تكشف الأسباب عن جدية الأمر، وأنه صدر بناء على تمحيص للوقائع التى تبرر إصداره، وهو أمر يقدره المحقق تحت رقابة محكمة الموضوع (نقض ١١ يناير سنة ١٩٧٦، مجموعة الأحكام س ٢٧ رقم ٩ ص ٥٢).

(٢) انظر هذا الحكم مشارا إليه فى:

Annuaire International de Justice constitutionnelle, 1999, p. 389.

(٣) حكم صادر فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٧٠ مشار إليه فى المرجع السابق ص ٣٨٨.

(٤) حكم المحكمة الدستورية الألمانية فى ١٤ يولية سنة ١٩٩٩، المرجع السابق ص ٣٩٠ و٣٩١ و٣٩٢.

النصوص المتعارضة مع الدستور رفضت الحكم بإبطالها وأعطت المشرع مهلة لا تتجاوز ٣٠ يونية ٢٠٠١ لكى يجعل التشريع متفقا مع الدستور.

١٧٩ـ الضمانات التى أوردها القانون

١ـ بالنسبة إلى حرمة الشخص:

ـ يجوز لمأمور الضبط القضائى فى حالات القبض على المتهم تفتيش الشخص. تطبيقا للمادة ٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه فى الأحوال التى يجوز فيها القبض قانونا على المتهم (وهى التلبس) يجوز لمأمور الضبط القضائى أن يفتشه، أى شخصه، فإذا كان المتهم أنثى، أوجب القانون أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى يندبها لذلك مأمور الضبط القضائى. وقد حددت المادة ٣٤ إجراءات الأحوال التى يجوز فيها لمأمور الضبط القبض من تلقاء نفسه بأنها أحوال التلبس بالجنايات أو بالجنح التى يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر. وقد كان قانون الإجراءات الجنائية يخول مأمور الضبط القضائى سلطة تفتيش الشخص من تلقاء نفسه متى توافرت دلائل كافية على الاتهام، وفى حالة التلبس. وجاء الدستور المصرى الصادر لسنة ١٩٧١ فنص فى المادة ٤١ على إعطاء تفتيش الشخص للقاضى وللنيابة العامة عدا حالة التلبس، مما يعنى أن هذه الحالة وحدها هى التى تجيز تفتيش الشخص بغير أمر من القاضى أو النيابة العامة، ولهذا أصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية حتى يتفق مع مبادئ الدستور فقصر اختصاص مأمور الضبط القضائى فى تفتيش الشخص على الحالات التى يجوز فيها القبض، وهى حالة التلبس وحالة صدور أمر من القاضى المختص أو من النيابة العامة. ومؤدى المادة ٤٦ إجراءات أنه إذا لم يجز القبض على الشخص لم يجز تفتيشه[1]، مستبعدا حالة الدلائل الكافية.

أما فى غير حالة التلبس فقد أكد قانون الإجراءات الجنائية على ما نص عليه الدستور من اختصاص النيابة العامة والقاضى (قاضى التحقيق) وحدهما بتفتيش شخص المتهم (المادة ٩٤ و ١٩٩ إجراءات)، وأضاف ضمانا خاصا بالأنثى هو

---

(١) نقض فى ١٧ يناير سنة ٢٠٠٠، الطعن رقم ٢٣٧٦٥ لسنة ٦٧ قضائية.

وجوب إذا كان المتهم أنثى أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى يندبها لذلك (المادتان ٩٤ و ٤٦ إجراءات)، وهو ذات الضمان الذى يلتزم به مأمور الضبط القضائى عند تفتيش الشخص فى حالة التلبس. وقد أجاز القانون تفتيش غير المتهم إذا اتضح من أمارات قوية أنه يخفى أشياء تفيد فى كشف الحقيقة (المادتان ٩٤ و ٢٠٠ إجراءات). ويفترض تطبيق هذا النص أن المتهم مأذون بتفتيشه طبقا لإحدى الحالات التى نص عليها القانون (المواد ٣٤ و٤٦ و٩٤ و١٩٩ إجراءات) ويأتى تفتيش المتهم إذا توافرت إحدى حالات تفتيش المتهم سلفا، وأسفر هذا التفتيش عن وجود أثر من آثار التلبس ينبئ بذاته عن إضفاء أدلة الجريمة بواسطة غير المتهم مما يبرر القبض عليه وتفتيشه. وبغير هذا السند القانونى لا يمكن إيجاد أساس دستورى يسمح بتفتيش غير المتهم. ولهذا قضت محكمة النقض - بحق - بأنه إذا تم القبض على الطاعن وتفتيشه لمجرد كونه متواجدا مع المأذون بتفتيشه، لدى تنفيذه، ودون قيام حالة من حالات التلبس بالجريمة كما هو معروف قانونا أو توافر حالة تجيز القبض عليه وبالتالى تفتيشه، فإن تفتيشه يكون باطلا[1].

٢ ـ بالنسبة إلى حرمة المسكن:

تنصرف إلى حرية الشخص فى مسكنه، والتى تعطيه الحق فى اختياره، وفى تغييره، وفى استخدامه على الوجه الذى يريده.

ـ اشترط القانون بالإضافة إلى الضمان الدستورى أن يكون الأمر القضائى الصادر من قاضى التحقيق أو النيابة العامة بناء على اتهام موجه إلى شخص يقيم فى المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جناية أو جنحة أو باشتراكه فى ارتكابها، أو إذا وجدت قرائن تدل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة (المادتان ٩١/ ١ و ١٩٩ إجراءات) ولقاضى التحقيق أو النيابة العامة أن يفتش أى مكان ويضبط فيه الأوراق والأسلحة وكل ما يحتمل أنه استعمل فى ارتكاب الجريمة أو نتج عنها أو وقعت عليه وكل ما يفيد فى كشف الحقيقة (المادتان ٩١/ ٢ و ١٩٩ إجراءات).

ـ اشترط القانون أن يحصل التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه عنه إن أمكن ذلك (المادتان ٩٢ و ٢٠٦ إجراءات).

---

(١) نقض فى ١٧ يناير سنة ٢٠٠٠، الطعن رقم ٢٣٧٦٥ لسنة ٦٧ قضائية.

- بالنسبة إلى تفتيش منزل غير المتهم الذى يقوم به قاضى التحقيق ، فإن صاحبه يدعى للحضور بنفسه أو بواسطة من ينيبه عنه إن أمكن ذلك (المادة ٩٢/ ٢ إجراءات) فإذا قامت به النيابة العامة تلتزم بالحصول مقدما على أمر مسبب بذلك من القاضى الجزئى بعد اطلاعه على الأوراق ، ولا يجوز لها ذلك إلا إذا اتضح من أمارات قوية أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة (المادة ٢٠٦/ ٣) .

٣ ـ بالنسبة إلى حرمة المراسلات والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال الشخصية:

فضلا عن الضمان الدستورى الذى نصت عليه المادة ٤٥/ ٢ من الدستور نص قانون الإجراءات الجنائية على الضمانات الآتية :

- يشترط فى المحادثات الشخصية محل الحماية أن تجرى فى مكان خاص (المادة ٩٥/ ١ إجراءات) .

- يشترط للأمر الصادر من قاضى التحقيق أو النيابة العامة لضبط الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود لدى مكاتب البريد وجميع البرقيات لدى مكاتب البرق أو لمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لأحاديث جرت فى مكان خاص ، أن تكون لذلك فائدة فى ظهور الحقيقة فى جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر (المادتان ٩٥ و ٢٠٦/ ٢ إجراءات) .

ويشترط بالنسبة إلى النيابة العامة أن تحصل مقدما على أمر مسبب بذلك من القاضى الجزئى بعد اطلاعه على الأوراق (المادة ٢٠٦/ ٣ إجراءات)[1] .

- وفى جميع الأحوال يجب أن يكون الضبط أو الاطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناء على أمر مسبب ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوما قابلة للتجديد لمدة أو مدد مماثلة (المادتان ٩٥/ ٢ و ٢٠٦/ ٣ إجراءات) . وفى حالة صدور الأمر من القاضى الجزئى بناء على طلب النيابة العامة يختص هذا القاضى بالتجديد مدة أو مددا أخرى مماثلة (المادتان ٢٠٦/ ٣ إجراءات) .

---

(١) قضت محكمة النقض بعدم الإذن بمراقبة وتسجيل المحادثات السلكية واللاسلكية والأحاديث الشخصية بناء على مجرد البلاغ أو الظنون والشكوك ، أو البحث عن الإدلة ، وإنما عند توافر أدلة جادة تقتضى تدعيمها بنتائج هذا الإجراء (نقض ١٤ يناير سنة ٩٩٦ القضية رقم ٦٨٥٢ لسنة ٥٩ قضائية) .

ـ يطلع قاضى التحقيق وحده على الخطابات والرسائل والأوراق الأخرى المضبوطة، على أن يتم هذا إذا أمكن بحضور المتهم والحائز لها أو المرسلة إليه، ويدون ملاحظاتهم عليها . وله عند الضرورة أن يكلف أحد أعضاء النيابة العامة بفرز الأوراق المذكورة ، وله حسب ما يظهر من الفحص أن يأمر بضم تلك الأوراق إلى ملف القضية أو بردها إلى ما كان حائزا لها أو إلى المرسلة إليه (المادة ٩٧ إ جراءات) .

فإذا كانت النيابة العامة هى التى قامت بالضبط أو المراقبة أو التسجيل كان لها أن تطلع على الخطابات والرسائل والأوراق الأخرى والتسجيلات المضبوطة على أن يتم هذا كلما أمكن ذلك بحضور المتهم والحائز لها أو المرسلة إليه وتدون ملاحظاتهم عليها . ولها حسب ما يظهر من الفحص أن تأمر بضم تلك الأوراق إلى ملف الدعوى أو بردها إلى من كان حائزا لها أو من كانت مرسلة إليه . (المادة ٢٠٦/ ٥ إجراءات) .

وواضح مما تقدم أن قانون الإجراءات الجنائية قد تكفل بوضع قواعد واضحة مفصلة فى حالة المساس بالحق فى الحياة الخاصة . وفى هذا الصدد نشير إلى حكم صدر من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فى ٢٤ إبريل سنة ١٩٩٠ أوضح أن التنصت على المحادثات التليفونية يمثل مساسا جسيما باحترام الحياة الخاصة والمراسلات ويجب أن يعتمد على قانون يضع قواعد واضحة ومفصلة، وأدانت المحكمة التشريع الفرنسى لأنه لم يبين بدرجة كافية من الوضوح نطاق وأساليب ممارسة سلطة الجهة المختصة بمباشرة هذا الإجراء، وأنه على الرغم من وجود بعض الضمانات التى نص عليها القانون عند مباشرة هذا الإجراء، إلا أن النصوص الأخرى لا تقدم أية حماية قانونية كافية للحق فى احترام الحياة الخاصة، وأكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فى حكمها سالف الذكر أن النظام القانونى لم يقدم حتى هذه اللحظة ضمانات كافية ضد مختلف صور التعسف فى استعمال الحق، سواء فيما يتعلق بطبيعة الجرائم، أو حدود مدة تنفيذ الإجراء، أو شروط وضع المحاضر التى تثبت المحادثات المسجلة إلى غير ذلك من ضمانات، مما يعد مخالفة من التشريع الفرنسى للمادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[1] .

---

(١) Cour Européenne des droits de l'homme, 24 Avr. 1990.

المبحث الثالث
حقـوق الدفـاع

١٨٠ـ القيمة الدستورية لحق الدفاع

نصت المادة ٦٧/ ١ من الدستور على أن المتهم برىء حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه. وبهذه الفقرة أكد الدستور حق الدفاع كشرط من شروط المحاكمة القانونية وأكده مرة أخرى فى المادة ٦٩/ ١ حين نص على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول. وهذا الحق سبق أن أكده الإعلان العالمى لحقوق الإنسان، والعهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية (المادة ١٤/ ٣).

ويعد حق الدفاع الركيزة الجوهرية للمحاكمة المنصفة؛ يرتبط بأكثر من حق من الحقوق الدستورية؛ فهو لصيق الصلة بالأصل فى المتهم البراءة، وهو حق لا ينفصل عن الحق فى المساواة الذى تأتى المساواة فى الأسلحة بين الاتهام والدفاع من تطبيقاته. فهو حق لازم لتحقيق التوازن المنشود بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة. ولهذا، فإن احترام حق الدفاع يعد ضمانا أساسيا للعدالة، بل إننا لا نتصور عدالة تقوم مع انتهاك حق الدفاع. واحترام هذا الحق يتطلب توفير عدد من الضمانات التى تؤكده وتحافظ عليه تمكن من أدائه. وقد أعطت المحكمة الدستورية العليا فى مصر لهذا الحق قدره فقالت بأن تقدير المحكمة الدستورية العليا لضمانات الدفاع، وإقرارها لأهميتها، كان واضحا وقاطعا فى مجال تحديدها للشروط التى يتعين استجماعها لاعتبار العمل قضائيا، ذلك بما جرى عليه قضاؤها، من أن القرار الذى يصدر من جهة خولها المشرع ولاية الفصل فى نزاع معين، لا يكون قرارا قضائيا، إذا كانت ضمانة الدفاع غائبة عن النصوص القانونية التى تنظم هذه الولاية وتبين حدودها[1].

---

(١) دستورية عليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ ص ١٣.

وبناء على ذلك أكدت المحكمة العليا الأمريكية دستورية الحق فى الاستعانة بمدافع طبقا للتعديل السادس للدستور الأمريكى، وأكدت المحكمة العليا أن الحق فى المدافع هو حق أساسى وضرورى للمحاكمة المنصفة[١]. وأجازت للمتهم أن يتنازل عن هذا الحق[٢]، ومع ذلك فللمحكمة ألا تقبل من المتهم أن يدافع بنفسه دون الاستعانة بمدافع إذا رأت أن تنازله عن استخدام حقه فى الاستعانة بمدافع ينم عن سلوك غير قويم[٣].

وفى فرنسا، أكد المجلس الدستورى فى مناسبات عدة القيمة الدستورية لحق الدفاع، على أساس أنه يعتمد على المبادئ الأساسية التى تعترف بها قوانين الجمهورية والتى تحوز قيمة دستورية بحكم الإشارة إليها فى مقدمة الدستور. ويلاحظ أن القرار الصادر من المجلس الدستورى فى ١٨ و ١٩ يناير سنة ١٩٨١ رغم تأكيده على تأسيس حق الدفاع على المبادئ الأساسية التى تعترف بها قوانين الجمهورية لم يشر إلى أى تحديد لقائمة هذه القوانين[٤].

وقد عنى المجلس الدستورى بتأكيد القيمة الدستورية لحق الدفاع فى مجالات متعددة ولم يقف عند مجرد مجال الإجراءات الجنائية[٥].

وفى مصر، لم تتردد المحكمة الدستورية العليا فى تأكيد أن حق الدفاع اعتبره الدستور ركنا جوهريا فى المحاكمة المنصفة التى تطلبها فى المادة ٦٧ منه كإطار للفصل فى كل اتهام جنائى تقديراً بأن صون النظام الاجتماعى ينافيه أن تكون القواعد التى تقررها الدولة فى مجال الفصل فى هذا الاتهام مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة، وأن إنكار ضمانة الدفاع أو فرض قيود

---

(١) Gideon V Wainwriaght, 372 U.S. 344 (1963).

(٢) Faretta V. California, 422 U.S. 806 (1975).

(٣) Faretta V. California, 422 U.S. 834 (1975).

(٤) راجع: Luchaire op. cit., p. 394.

(٥) انظر بالنسبة للطعن فى قرارات قاضى تنفيذ العقوبات.

وانظر أيضا قرارات المجلس الدستورى فى المجالات غير الجنائية مشاراً إليها فى:
Luchaire p 495, 1986, p. 128

ومنها التزام السلطة الإدارية باحترام حقوق الدفاع فى الحالات التى تتخذ فيها بعض التدابير ذات الطابع الجزائى مثل سحب بطاقة الإقامة.

(97-389 DC, 22 Avril 1997)

تحد منها يخل بالقواعد المبدئية التى تقوم عليها المحاكمة المنصفة والتى تعكس نظاما متكامل الملامح يتوخى صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها. كما ينال الإخلال بضمانة الدفاع من أصل البراءة، ذلك أن افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه يقترن دائما من الناحية الدستورية - ولضمان فعاليته - بوسائل إجرائية إلزامية تعد وثيقة الصلة بالحق فى الدفاع وتتمثل فى حق المتهم فى مواجهة الأدلة التى قدمتها النيابة العامة إثباتا للجريمة، والحق فى دحضها بأدلة النفى التى يقدمها[1]. وأضافت المحكمة الدستورية العليا أن دور ضمانة الدفاع فى تأمين حقوق الفرد وحرياته يبدو أكثر لزوما فى مجال الاتهام الجنائى باعتبار أن الإدانة التى قد يؤول إليها قد تفصل من الناحية الواقية بينه وبين الجماعة التى ينتمى إليها منهية - أحيانا - آماله المشروعة فى الحياة، ويتعين بالتالى أن يكون حق النيابة العامة فى تقديم أدلة الاتهام موازنا بضمانة الدفاع التى يتكافأ بها مركز المتهم معها فى إطار النظام الإجرائى للعدالة الجنائية كى يتمكن بوساطتها من مقارعة حجمها ودحض الأدلة المقدمة منها[2]، وهو ما يعبر عنه بالمساواة فى الأسلحة، كما بينا عند عرض مبدأ المساواة. ولا تقتصر ضمانة الدفاع على مرحلة المحاكمة، بل تمتد إلى المرحلة السابقة عليها[3].

وبالإضافة إلى القيمة الدستورية لحق الدفاع[4]، فقد كفلت هذا الحق عدة ضمانات دستورية لعناصره وهى الإحاطة بالتهمة، والحق فى إبداء أقواله بحرية، والحق فى المواجهة، والحق فى الاستعانة بمدافع والتوازن بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام، وكفالة محام عن المتهم بجناية. وفيما يلى نبين عناصر حق الدفاع ونستجلى الضمانات الدستورية والقانونية فى كل من هذه العناصر.

---

(١) الدستورية العليا فى ١٦ مايو لسنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، بالجريدة الرسمية، العدد (٢٣) فى ٤ يونية سنة ١٩٩٢.

(٢) الدستورية العليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ السالف البيان.

(٣) انظر: دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية» مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ص ٢٠٣.

(٤) Décision No. 76 - 70 Dc du 2 Décembre 1976, Rec. p.39, Favoreu, chtronique, Rev. Sc. Crim., 1978, p.274, Décision No. 80 - 127 Dc des 19 et 20 Janvier 1981, Rec. p. 15.

وقد تشكك البعض فى إضفاء القيمة الدستورية على حق الدفاع فى المنازعات غير الجنائية. انظر:
Thierry Renoux; Le conseil constitutionnel et l'autorité, judiciaire, 1984, op. cit., p. 362 et 363.

١٨١ـ (أولا) الإحاطة بالتهمة وأدلتها

فالدفاع لا يكون فعالا ما لم يكن للمتهم حق فى أن يعلم بكل ما يتعلق به فى الدعوى. وبدون هذه المعرفة يضحى حق الدفاع مشوبا بالغموض فاقد الفاعلية. فلا يجوز أن تجمع الأدلة أو تفحص أو تناقش فى غيبة من الدفاع. وتتطلب فاعلية هذا الضمان كفالة وقت معقول حتى يتسنى للمتهم أن يحضر دفاعه عن بصر وبصيرة. وقد أكدت هذا الحق المادة ٧١ من الدستور المصرى وقد أشارت المادة ١٤/ ٣ (أ) من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية لهذا الحق فيما تطلبته من إبلاغ الفرد فورا وبالتفصيل وفى لغة مفهومة لديه بطبيعة وسبب التهمة الموجهة إليه[١].

١٨٢ـ (ثانيا) مبدأ المواجهة "le principe de la contradiction"

يعد هذا المبدأ أصلا إجرائيا من أصول حقوق الدفاع[٢]. فالخصومة الجنائية تسعى لمعرفة الحقيقة، وهو ما يتوقف على مواجهة الدفاع بالأدلة المتوافرة ضده، مما يجعل لهذا المبدأ فى حد ذاته قيمة دستورية[٣].

فمن خلال هذه المواجهة يكون السعى نحو معرفة الحقيقة لكافة أطراف الخصومة، فلا تكون حكرا على أحدها دون الآخرين. ويقوم هذا المبدأ بحكم اللزوم على مبدأ آخر هو المساواة فى الأسلحة. ويعد هذا المبدأ ركيزة من ركائز التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة.

وقد نص قانون الإجراءات الجنائية المصرى على هذا المبدأ فى عدة مجالات. ففى مجال رفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة فى الجنح والمخالفات بدون تحقيق

---

(١) قضت المحكم الدستورية الإيطالية فى ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٩٨ بعدم دستورية النص الذى يجيز إعلان الأعمال الإجرائية بواسطة البريد، وأنه على الرغم من سلطة المشرع التقديرية فى تحديد وسائل الإعلان، إلا أن جواز الإعلان بظريق البريد يصطدم بالحد الذى لا يمكن تجاوزه من احترام حقوق الدفاع، لأنه يحول دون إحاطته بمضمون الإعلان.

انظر: Annuaire Inter. justice constit. 1998, pp. 860 et 861.

(٢) انظر: Serge Guinchard, le procés équitable: droit fondamental? (L'actualité juridique Juillet Août 1998), p. 200.

(٣) انظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٩٨ بعدم دستوريته مشارا إليه فى: Annuaire International de justice consttituionnalle, 1998, p. 864.

ابتدائى أوجب تحديد التهمة فى التكليف بالحضور أمام المحكمة (المادة ٢٣٣/ ٢)، أو توجيه التهمة إليه فى الجلسة من النيابة العامة إذا كان حاضرا وقبل المحاكمة (المادة ٢٣٢/ ١). وأوجب تلاوة التهمة الموجهة إليه بأمر الإحالة أو بورقة التكليف بالحضور على حسب الأحوال (المادة ٢٧١/ ١). وإذا رأت المحكمة تعديل التهمة بإضافة الظروف المشددة التى تثبت من التحقيق أو من المرافعة فى الجلسة، فعليها أن تنبه المتهم إلى هذا التغيير، وأن تمنحه أجلا لتحضير دفاعه بناء على الوصف أو التعديل الجديد إذا طلب ذلك (المادة ٣٠٨/ ٣ إجراءات). ويفترض تعديل التهم قيامها على ذات الواقعة الإجرامية عماد المتهم ولو أضيفت إليها عناصر واقعة جديدة والتى أسماها القانون بالظروف المشددة. وننبه إلى عدم جواز الخلط بين الأدلة الجديدة لذات الواقعة الأصلية، وبين الظروف المشددة بالمعنى سالف الذكر، وبين الوقائع الجديدة التى تخرج عن صورة المحكمة.

وفى مجال التحقيق الابتدائى اعتنق القانون المصرى مبدأ حضور الخصوم للتحقيق الابتدائى ووكلائهم (المواد ٧٧ و ٧٨ و ٧٩ إجراءات)[1].

وفى سبيل ذلك، أكد القانون للمتهم حق الاطلاع على التحقيق (المادتان ٧٧/ ١ و٢ إجراءات)[2]. ويتطلب حق الاطلاع تمكين المتهم من الحصول على صور من كافة أوراق الدعوى، لأن العدالة تتأذى والمساواة فى الأسلحة بين الاتهام وحق الدفاع لا تتحقق إذا كان المتهم مجردا من كافة ما يحاك حوله من قراءة سريعة تتاح له فى وقت محدود لملف الدعوى الذى يحوزه المحقق، بينما يتمتع ممثل الاتهام بحرية كاملة فى حيازة هذا الملف ودراسته بروية لا تتاح للمتهم الأعزل الذى حجب عنه تصوير أوراقه.

ويسرى هذا المبدأ أيضا على أوامر التحقيق، فيجب أن تعلن إلى الخصوم (المادتان ١٤٥/ ٣ و ١٥٧).

---

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٣ ص ٧١٩ وما بعدها، وص ٧٣٣ وما بعدها. وانظر الدكتور محمود نجيب حسنى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٨ ص٨٧٨- ٨٩٠. طبقا (للمادة ١٢٥) إجراءات يجب السماح للمحامى بالاطلاع على التحقيق فى اليوم السابق على الاستجواب أو المواجهة ما لم يقرر المحقق غير ذلك. وطبقا (للمادة ٧٧) إجراءات فإنه عند مباشرة التحقيق فى غيبة الخصوم، يبيح المحقق له الاطلاع على التحقيق.

(٢) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية الطبعة السابعة (١٩٩٣) ص ٤٧٢ وما بعدها.

وبمقتضى مبدأ المواجهة يجب تمكين المتهم من مناقشة جميع أدلة الدعوى شفويا فى أثناء التحقيق النهائى بالمحكمة، سواء بسماع الشهود أو بمناقشة جميع ما فى ملف الدعوى من أدلة، مما لا يجوز معه أن تمتنع المحكمة عن سماع شهود الإثبات إلا بقبول المتهم أو المدافع عنه أو إذا تعذر سماعهم (المادة ٢٨٩ إجراءات)، وهو ما أطلق عليه مبدأ شفوية المرافعة. كما لا يجوز للمحكمة أن تستند فى الإدانة إلى دليل غير مطروح على بساط البحث فى المحكمة، حتى يتاح للمتهم أو المدافع عنه مناقشته[١]. ويتطلب تمكين المتهم من مناقشة جميع أدلة الدعوى تمكينه من ذلك، فإذا طلب لتحضير دفاعه التأجيل فلا يجوز رفض هذا الطلب إذا كان من شأن هذا الرفض حرمانه من الحق فى سماع دفاعه على هذا النحو، أو إحداث ضرر مؤكد بدفاع المتهم[٢]. فإذا كانت سرعة المحاكمة ضمانا لعدالتها، فإنه يجب إحداث التوازن بين هذا الضمان واحترام حقوق الدفاع، ولا يجوز التفريط فى أحدهما على حساب الآخر.

وكل هذه المبادئ تدور حول تمكين المتهم من الإحاطة بالتهمة وأدلتها لإعداد دفاعه على الوجه السليم.

١٨٣ـ (ثالثا) حق المتهم فى إبداء أقواله بحرية

يجوز للمتهم بنفسه أن يقدم ما شاء من دفاع شفوى أو كتابى وله أن يقدم المستندات المدعمة لدفاعه. ولا قيد على المتهم فى كمية ونوع المستندات التى يقدمها والتى يراها لازمة لدفاعه. ويفترض ذلك أن تعطيه المحكمة المهلة اللازمة لإعداد دفاعه. ومن تطبيقات ذلك، ما نصت عليه المادة ٣٠٨/ ٣ من وجوب أن تمنح المحكمة المتهم أجلا لتحضير دفاع بناء على الوصف أو التعديل الجديد الذى وجهته المحكمة ـ إذا طلب المتهم ذلك.

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك، مؤلفنا الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية طبعة ١٩٨٥ ص ٧٤٦ وما بعدها، نقض ١٥ إبريل سنة ١٩٨٧ فى الطعن رقم ٦٣٤٨ لسنة ٥٦ قضائية.

(٢) مثال ذلك ألا يكون المدافع قد تسلم بعض مستندات لها دلالتها فى الدعوى ويطلب مهلة معقولة لتقديمها، أو أن تثار واقعة أو يقوم دليل جديد فى أثناء المرافعة فيطلب الدفاع إمهاله لتقديم ما يدحضه وانظر فى ذلك G. Raigle; Le droit au procés équitable au dons l'espace francophone, op. cit., p. 615. والأمر فى النهاية متروك لتقدير المحكمة بما يؤدى إلى احترام حقوق الدفاع من أجل إقامة محاكمة منصفة.

كل هذا دون إخلال بحق المتهم فى الصمت ورفض الكلام أو الإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه . وطالما كان حق الصمت من حقوق الدفاع فلا يجوز للمحكمة أن تستخلص من هذا الصمت قرينة ضده وإلا كان فى ذلك إطاحة بأصل البراءة وما تولد عنه من حقوق الدفاع[1] . وقد أوصى المؤتمر الدولى الثانى عشر لقانون العقوبات المنعقد فى هامبورج سنة ١٩٧٩ بأن المتهم له الحق فى أن يظل صامتا ويجب تنبيهه إلى هذا الحق .

ويتطلب حق المتهم فى إبداء دفاعه أن يتمتع بالحق فى استجوابه لأن الاستجواب ليس إجراء من إجراءات التحقيق لصالح الاتهام، بل إن للمتهم حقا فى أن يمكنه من إبداء دفاعه . ومن ثم، فإن حرمان المتهم من حقه فى الاستجواب ينطوى على حرمانه من حق الدفاع . ويفترض هذا الحق عدم جواز تعذيب المتهم[2] . وكل قول يثبت أنه صدر من مواطن تحت وطأة التعذيب أو التهديد بشىء منه يهدر ولا يعول عليه . ومن ناحية أخرى، فإن حق المتهم فى إبداء أقواله بحرية لا يجيز سماعه شاهدا ضد نفسه[3] . ولهذا لا يجوز للمحقق تأخير استجواب المتهم حيث يسمع كشاهد فى بعض الوقائع ضد نفسه . كما يجوز للشاهد أن يمتنع عن إجابة تنطوى على دليل ضده يحوله إلى متهم[4] . وفى ذات الوقت حظر القانون على المحكمة استجواب المتهم إلا إذا قبل ذلك (المادة ٢٧٤/ ١ إجراءات)، فالأصل هو حظر الاستجواب أمام المحكمة حتى لا يقدم دليلا ضد نفسه . ومع ذلك سمح له بقبول الاستجواب إذا أراد ممارسة الدفاع عن نفسه .

---

(١) Jacques velu, et Rusen Ergec, Les conventions Européenn des droits de l'homme Bruzx-elles, 1990, p 470 No. 561.

(٢) وقد كان التعذيب فى العصور الوسطى أمرا طبيعيا حتى وصفه البعض بالاستجواب . وكان الدافع إليه هو الحصول على الاعتراف فى ظل نظام الإثبات السائد فى ذلك الوقت والذى كان يشترط الحصول على الاعتراف كدليل للإدانة (انظر فى الموضوع الدكتور سامى صادق الملا، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، سنة ١٩٧٨ ص ٢ وما بعدها) . إلا أن الاستجواب فى العصر الحديث تخلص من فكرة التعذيب بعد أن سادت وصدرت إعلانات بهذه الحقوق توجها الإعلان العالمى لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨ الذى حذر تعذيب المتهم (المادة ٥) .

(٣) وقد نص على ذلك صراحة التعديل الخامس للدستور الأمريكى ويسمى الحق فى عدم اتهام نفسه .
The right against self incrimination (Charles H. whitebreal, Criminal procedure, 1980, p. 256 - 280).

(٤) انظر فى الموضوع مؤلفنا؛ الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق ص ٥٠٤ وما بعدها .

ويتطلب سماع أقوال المتهم بحرية عدم تحليفه اليمين فى أثناء الاستجواب لما يمثله القسم من إكراه أدبى على حريته فى الكلام. وفى ذات الوقت لا يجوز إطالة الاستجواب بصورة قاسية ترهق المتهم وتؤثر فى إرادته(١). ولا يجوز تقييد حرية المتهم فى إبداء دفاعه لمدة معينة يسقط بعدها حقه فى الدفاع. وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (١٢٣) من قانون الإجراءات الجنائية، والتى تقيد حق المتهم بالقذف بطريق النشر فى حق كل موظف عام أو شخص ذى صفة نيابة عامة أو مكلف بخدمة عامة فى إثبات صحة الوقائع التى يسندها إليهم عند أول استجواب له وعلى الأكثر فى الخمسة الأيام التالية(٢).

١٨٤- (رابعا) الحق فى الاستعانة بمدافع

كفل الدستور المصرى فى (المادة ٦٩) حق الدفاع أصالة أو بالوكالة. ومن ثم، فيجوز للمتهم أن يستعين بمدافع عنه فى جميع مراحل الدعوى الجنائية، وجميع مراحل المحاكمة. وقد ذهب المجلس الدستورى الفرنسى إلى أن حق الشخص فى الاستعانة بمحام خلال القبض عليه garde á vue تعد من حقوق الدفاع مباشرة خلال مرحلة الاستدلالات(٣). وقضى المجلس الدستورى الفرنسى بأن حرمان الشخص من الاتصال بمحام خلال فترة حجزه فى نوع معين من الجرائم مع كفالة هذا الحق فى أثناء جمع الاستدلالات فى جرائم أخرى مختلفة لا تقل جسامة عن هذا النوع من الجرائم، يعد إنكارا لكل من حق الدفاع، وحق المساواة بين الخصوم(٤). وفى صدد الإجراءات الجنائية لم يشترط القانون فى الجنح والمخالفات أن يكون للمتهم مدافع يستعين به، بل ترك ذلك لتقدير المتهم. على أنه متى عهد المتهم إلى محام بمهمة الدفاع عنه، فإنه على المحكمة أن تستمع إلى مرافعته أو تتيح

---

(١) المرجع السابق ص ٥٢٠. وانظر: Larjuier, Rev. inter. de droit pénal, 1966, p. 155.

(٢) دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣، القضية رقم ٣٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٨ فبراير سنة ١٩٩٣ (العدد ٧).

(٣) 93-326 Décision du 11 août 1993, Recueit, op. cit., p 552.

(٤) 89-260 Décision du 28 juillat 1989, Recueit, op. cit., p. 365.

بهمته[1]. أما فى الجنايات، فقد نصت (المادة ٦٧/ ٢) على أن كل متهم فى جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه. وأكد قانون الإجراءات الجنائية هذا المبدأ (المادة ١٨٨).

وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن هذا الضمان يجب أن تتوافر به مقومات الفاعلية والتى تتمثل فى وجوب أن يتمكن محامى المتهم من متابعة إجراءات المحاكمة بالجلسة من أولها إلى آخرها[2]، وفى حرية المتهم فى اختيار محاميه وأن حقه فى ذلك مقدم على حق المحكمة فى تعيينه[3]، ووجوب ضمان عدم تعارض بين المتهمين عنده وجدة الدفاع عنهم[4]، وحق المتهم فى إبداء ما يعن له من دفاع

---

(١) فإذا طلب المحامى حجز القضية للحكم مع التصرف له بتقديم مذكرة بدفاعه، فإنه يجب على المحكمة إما أن تجيبه إلى طلبه أو تنبهه إلى رفض الطلب حتى يجدى دفاعه شفويا، فإذا لم تفعل ذلك تكون قد فصلت فى الدعوى بغير دفاع (نقض ٩ أكتوبر سنة ١٩٦٨، مجموعة الأحكام س١٨ رقم ١٩٠ ص ٩٤٣). وإذا حضر المحامى طالبا تأجيل نظر الدعوى للاطلاع والاستعداد، فإن المحكمة ليست ملزمة بإجابته إلى طلبه طالما أن المتهم قد أعلن فى الميعاد القانونى (نقض ٣٠ يناير سنة ١٩٥٠، مجموعة الأحكام س١ رقم ٩٥ ص ٢٩٢، ٢٦ إبريل سنة ١٩٥٥ س٦ رقم ٢٦٩ ص ٩٠٣)، كل هذا ما لم تتبين المحكمة أنه طرأ على المتهم أو محاميه عذر قهرى حال دون الاستعداد، فإن عليها فى هذه الحالة أن تمهله الوقت الكافى لتحضير دفاعه، وإلا كان حكمها مشوبا بالإخلال بحق الدفاع (نقض ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد ص٤ رقم ٣٣٤ ص ٥٩٨). كما أنه لا يجوز للمتهم طلب التأجيل بتوكيل محام إلا إذا حال عذر قهرى دون ا ستعداده للدفاع عن نفسه (نقض ٢٨ مارس ١٩٤٩ مجموعة القواعد جـ٧ رقم ٨٥٤ ص ٨٥٨، ٢٣ مارس سنة ١٩٥٤ س ٥ رقم ١٤٣ ص ٤٢٥)، أو دون حضور محام (نقض ٢٢ مايو سنة ١٩٦١ مجموعة الأحكام س١٢ رقم ١١٦ ص ٦٠٨، ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٢ ص ١٣ رقم ٢٠٧ ص ٨٦٠).

(٢) ويتطلب ذلك أنه إذا وكل محام للدفاع عن المتهم وطلب إعادة سماع الشهود الذين سمعوا فى غيابه تعين إجابته إلى طلبه (انظر نقض ٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة الأحكام س٣ رقم ٢٥٤ ص ٦٨٤، ٨ مارس سنة ١٩٦٠ س١١ رقم ٤٤ ص ٢١٨، ٣١ أكتوبر سنة ١٩٦١ س ١٢ رقم ١٧٤ ص ٨٧٧، ٢٩ مارس سنة ١٩٦٤ س١٥ رقم ٤٥ ص ٢٢١، أول يونية سنة ١٩٦٤ س ١٥ رقم ٨٨ ص ٤٥٢، ٤ يناير سنة ١٩٧٦ س ٢٧ رقم ٢ ص ١٧).

(٣) فإن اختار المتهم محاميا، فليس للمحكمة أن تعين له مدافعا آخر، إلا إذا كان المحامى المختار قد بدا منه ما يدل على أنه يعمل على تعطيل السير فى الدعوى (نقض ٢ أكتوبر سنة ١٩٦٧، مجموعة الأحكام س١٨ رقم ١٨٥ ص ٩٢٦).

(٤) فإذا كان فى الدعوى أكثر من متهم، وتعارضت مصالحهم بحيث كان الدفاع عن أحدهم يستوجب الطعن فى الآخر، فيجب أن يكون لكل متهم محام خاص، لأن تولى محام واحد للدفاع عنهم ينطوى على إخلال بحقهم فى الدفاع. (نقض ٥ فبراير سنة ١٩٦٨، مجموعة الأحكام س١٩ رقم ٢٧ ص ١٥٤).

رغم استعانته بمحام[1]، ووجوب أن يكون المحامى قادرا على الدفاع[2].

وفى صدد حرية المدافع عن المتهم فى انتهاج الأسلوب الملائم لدفاعه كان المشرع الفرنسى فى سنة ١٩٧١ قد أعطى للمحكمة سلطة الحكم على المحامى إذا وقعت منه إحدى جرائم الجلسات، إلا أن التقاليد القضائية الفرنسية سارت على عدم تطبيق هذا النص إلا بصفة استثنائية احتراما لحرية المحامى فى الدفاع، حتى قيل بأن هذه التقاليد تجاوزت النصوص التشريعية وأصبحت جزءا لا يتجزأ من المبادئ العامة للقانون[3]، ولهذا حاول البعض تعديل هذا القانون لتأكيد حرية المحامى فى الدفاع وإعطاء الحق فى مجازاة المحامى الذى يرتكب إحدى جرائم الجلسات لنقابة المحامين لا للمحكمة، إلا أن مناقشة المشروع انتهت بإعطاء الحق لرئيس المحكمة فى أن يأمر المحامى الذى يصدر منه سلوك غير لائق بمغادرة قاعة المحكمة[4]. ولما طعن فى هذا النص بعدم الدستورية قرر المجلس الدستورى عدم دستورية هذا النص على أساس مخالفته لحقوق الدفاع[5].

---

(١) انظر نقض ١٤ يونية سنة ١٩٦٥، مجموعة الأحكام س١٦ رقم ١١٥ ص ٥٧٦.

(٢) كما إذا انتدبت المحكمة المحامى للدفاع عن المتهم دون أن تتيح له الوقت الكافى للاطلاع أو إعداد دفاعه. ولا يمس قدرة المحامى على الدفاع أن يطلب الرأفة بالمتهم بدلا من الحكم ببراءته (نقض ٢٣ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد جـ٤ رقم ٣٤١ ص ٤٤٦، ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة الأحكام س١٩ رقم ٢٠٥ ص ١٠٠٨)، أو أن يكتفى المحامى بالانضمام إلى زميله المحامى (نقض أول إبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة القواعد جـ٣ رقم ٣٥٤ ص ٤٥٦).

(٣) انظر: Thierry Renourp, op. cit , p. 372.

(٤) وكان وزير العدل الفرنسى قد اعترض على هذا المشروع قائلا أنه من المنتظر أن تحسم المحكمة فورا الإخلال بالنظام الذى حدث فى الجلسة وأن توقف الإجراءات حتى تفصل فيه نقابة المحامين، وانتهى الأمر بالنص الذى يعطى لرئيس المحكمة سلطة إبعاد المحامى الذى وقع منه الإخلال عن قاعة المحكمة.

(٥) انظر: Thierry Renoux, op. cit., p. 373.

وقد اتجهت معظم التقارير المقدمة فى ندوة (العدالة الجنائية وحقوق الإنسان فى وسط وغرب أوروبا والاتحاد السوفيتى) فى سيراكوزا فى الفترة من ٢٤ نوفمبر إلى أول ديسمبر سنة ١٩٩١ إلى أن الدفاع يلتزم بواجب الولاء لموكله وأنه ليس فيما يؤديه مندوبا للمحكمة، بينما اتجهت بعض التقارير الأخرى إلى تقييد هذا الواجب وعدم جواز التجاء الدفاع للكذب، بينما اتجه البعض الآخر إلى التزام الدفاع بمعاونة العدالة، وهو ما يتفق مع الفقه الأمريكى فى هذا الرأى.

Trechsel, Ensuring the right to effective counsel for the defense, Rev inter, de droit pénal, 3 et 4 tr. 1992, p. 722.

ويتفرع عن الحق فى الاستعانة بمدافع أن يكفل القانون الحق فى اختيار الشخص لمن يوليه ثقته من المحامين، وأن يظل هذا الحق محاطا بالحماية التى كفلها الدستور لحق الدفاع كى يحصل من يلوذ بهذا الحق على المعونة التى يطلبها معتصما فى بلوغها بمن يختاره من المحامين متوسما فيه أنه الأقدر - لعلمه وخبرته وتخصصه - على ترجيح كفته. وتطبيقا لهذا المبدأ قضت المحكمة الدستورية العليا بأن إنكار حق الشخص فى أن يختار من المحامين من يقدر تميزه فى الدفاع عن المصالح التى يتوخى تأمينها والذود عنها، لا يتمخض عن مصلحة مشروعة بل هو سعى إلى نقيضها، باعتبار أن فاعلية ضمانة الدفاع ينافيها ما قرره نص المادة ١٥ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ من حرمان فئة بذاتها من المحامين - من مباشرة مهنة المحاماة أمام المحاكم الجزئية والابتدائية وما فى حكمها لمجرد كون أفرادها يشغلون وظيفة بعينها أو كانوا قائمين بأعبائها، وذلك لما ينطوى عليه هذا النص من إنكار حق كل متقاض فى اختيار محام من بينهم يكون محل ثقة[1].

ولضمان حق الدفاع يجب أن يتوازن مع الاتهام فى الحقوق بحيث يملك الوسائل الضرورية لتفنيد الأدلة المقدمة ضده بواسطة الادعاء، فضلا عن تقديم ما يعن له من أدلة لتأكيد براءته، وهو ما يخضع لمبدأ المساواة فى الأسلحة على النحو الذى بيناه فيما تقدم. ولهذا فإن الإخلال بحق الدفاع كثيرا ما يقترن بالإخلال بمبدأ المساواة.

وإذا كنا قد عرضنا لفكرة هذا التوازن عند بحث المساواة فى الأسلحة، إلا أن إعادة التأكيد عليه عند بحث حقوق الدفاع يرمز إلى أن مضمون حق الدفاع يتحدد بالتناسب مع ما يملكه الاتهام من حقوق انطلاقا من أن الأصل فى المتهم البراءة. وإذا كانت المحكمة لا تملك إدانة المتهم بأدلة الاتهام إلا على أساس اليقين القضائى، إلا أنها تملك تقرير براءته على أساس مجرد الشك فى هذه الأدلة استصحابا على أصل البراءة. فحق الدفاع ينطلق من أصل عام، بخلاف الاتهام، مما لا يجوز معه إعطاء أى تفوق للاتهام. هذا إلى أن حق الدفاع يرتكز على أساس دستورى، أما

---

(١) الدستورية العليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٩٢، القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٤ يونية سنة ١٩٩٢ (العدد ٢٣).

حقوق الاتهام فإنها ترتكز على أساس تشريعى لتحقيق المصلحة العامة. ولا شك فى أن المصلحة العامة فى قمتها لا تتحقق بإحاكة الأدلة فى الظلام، فالشفافية والمصداقية إطار لازم لا يتوافر بدونه إعلاء حق الدفاع.

١٨٥- (خامسا) كفالة محام عن المتهم بجناية

تنص المادة ٦٧/ ٢ من الدستور على أن كل متهم فى جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه. وأكد قانون الإجراءات الجنائية هذا المبدأ (المادة ١٨٨). وهذا المبدأ وإن تعلق بحق الدفاع، إلا أنه لا يتوقف على مشيئة المتهم أو حريته، بل هو أمر يتعلق بالممارسة القضائية ذاتها أمام محكمة الجنايات. فهذه المحكمة التى تنظر جرائم جسيمة لابد أن تقترن المحاكمة أمامها عن الجنايات لوجود محام عن المتهم(١). فإذا لم يكن له محام ندبت له المحكمة محاميا يدافع عنه. ويجب ألا يكون الندب لمجرد استيفاء شكل من الأشكال، وإنما يجب أن يحقق الغاية التى توخى الدستور تحقيقها بأن يحقق دفاعا فعالا عن المتهم. فلا يتحقق هذا الضمان إذا لم تتح المحكمة الوقت الكافى للمحامى المنتدب فى الدفاع عن المتهم. كما لا يتحقق الضمان المذكور إذا كان المحامى غير مسموح له بالمرافعة أمام محكمة الجنايات. وبدون احترام هذا الضمان لا تتحقق المحاكمة القانونية (المنصفة) أمام محكمة الجنايات. ويعد من قبيل عدم الفاعلية فى الدفاع أن يتولى محام واحد الدفاع عن متهمين رغم تعارض مصلحتهما.

هذا الضمان ليس مجرد مظهر شكلى فلا قيمة له ما لم تتوافر فيه مقومات الفاعلية(٢)، وذلك على الوجه الآتى:

١- يجب أن يتمكن محامى المتهم من متابعة إجراءات المحاكمة بالجلسة من أولها إلى آخرها: مما يجب معه أن يكون قد سمع الشهود قبل المرافعة. فإذا سمعت الشهود فى حضور محام آخر، ولما وكل عنه الدفاع عن المتهم طلب إعادة سماع

---

(١) دستورية عليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» مجموعة أحكام الدستورية العليا، س ٥ (المجلد الأول) ص ٣٨٥.

(٢) قضى بأنه متى كان الثابت أن محاميا قد حضر عن المتهم بجناية فإنه لا يجديه أن يكون اسم المحامى الثابت حضوره معه قد وقع به خطأ مادى لأن مثل هذا الخطأ بفرض حصوله لا يؤثر فى سلامة الحكم أو يبطله (نقض ٥ يناير سنة ١٩٧٠، مجموعة الأحكام س ٢١ رقم ٨ ص ٣٩).

الشهود فى حضوره تعين إجابته إلى طلبه تمكينا له من إعداد دفاعه الذى يقتضى مناقشة هؤلاء الشهود(١).

وإذا استمرت المرافعة عدة جلسات وحضر المحامى إحداها وغاب البعض الآخر كانت المحاكمة باطلة.

٢ـ الأصل أن المتهم حر فى اختيار محاميه، وأن حقه فى ذلك مقدم على حق المحكمة فى تعيينه، فإذا اختار المتهم محاميا، فليس للقاضى أن يفتات على اختياره ويعين له مدافعا آخر، إلا إذا كان المحامى المختار قد بدا منه ما يدل على أنه يعمل على تعطيل السير فى الدعوى(٢). وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن اختيار الشخص لمحام يكون قادرا على تحمل أتعابه، وإنما يتم فى إطار علاقة قانونية قوامها الثقة المتبادلة بين طرفيها، ويتعين بالتالى أن يظل هذا الحق فى الاختيار محاطا بالحماية التى كفلها الدستور لحق الدفاع(٣). وإذا لم يحضر المحامى الموكل عن المتهم ورفضت المحكمة تأجيل نظر الدعوى لحضوره وندبت محاميا آخر يترافع فى الدعوى، فإن ذلك لا يعد إخلالا بحق الدفاع، ما دام المتهم لم يبد أى اعتراض على هذا الإجراء ولم يتمسك أمام المحكمة بطلب تأجيل نظر الدعوى حتى يحضر محاميه الموكل(٤). وإذا كان المتهم قد وكل اثنين من المحامين للدفاع عنه واتفق

---

(١) انظر نقض ٤ فبراير سنة ١٩٥٢، مجموعة الأحكام س٣ رقم ٢٣٥ ص ٦٨٤، ٨ مارس سنة ١٩٦٠ س ١١ رقم ٤٤ ص ٢١٨، ٣١ أكتوبر سنة ١٩٦١ س ١٢ رقم ١٧٤ ص ٨٧٧، ٢٩ مارس سنة ١٩٦٤ ص ١٥ رقم ٤٥ ص ٢٢١، أول يونيــة سنة ١٩٦٤ س ١٥ رقم ٨٨ ص ٤٥٢، ٤ يناير سنة ١٩٧٦ س ٢٧ رقم ٢ ص ١٧، وقد قضى بأنه إذا كان المتهم لم يتمسك بضرورة حضور المحامى الموكل عنه سماع الشهود فى الجلسة الأولى، فلا يقبل منه النعى على المحكمة بأن محاميه لم يحضر إلا فى الجلسة التالية ولم يتناول ما استجد بالجلسة الأولى بحضور المحامى الذى أنابه (نقض ٢٣ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة القواعد جـ٧ رقم ٦١٥ ص ٨٩٣).

(٢) نقض ٢ أكتوبر سنة ١٩٦٧، مجموعة الأحكام س١٨ رقم ١٨٥ ص ٩٢٦.

(٣) دستورية عليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، وبناء على ذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا فى الحكم المذكور بعدم دستورية نص المادة (١٥/ ١) من قانون المحاماة الذى حظر على الوزراء السابقين والمستشارين السابقين وأساتذة القانون بالجامعات المصرية المرافعة إلا أمام محكمة النقض وما يعادلها ومحاكم الاستئناف وما يعادلها ومحاكم الجنايات ومحكمة القضاء الإدارى.

(٤) نقض ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٦٨، مجموعة الأحكام س ١٨ رقم ٢٠٨ ص ٢٠١٨، ٢٩ إبريل سنة ١٩٧٤ س ٢٥ رقم ٩٤ ص ٤٣٨. قارن عكس ذلك نقض ٢٦ يولية سنة ١٩٩٠ الطعن رقم ٢٨٩٣٦ سنة ٥٩ق.

المحاميان على المشاركة فى إبداء الدفاع وتقسيمه بينهما ثم حضر أحدهما الجلسة وتمسك بطلب تأجيل نظر الدعوى لحضور زميله الذى حال عذر قهرى دون حضوره إلا أن المحكمة التفتت عن هذا الطلب رغم إصراره عليه اكتفاء بحضور المحامى الأول دون أن تبرر علة عدم إجابة طلب التأجيل. فإن ذلك منها يعد إخلالا بحق الدفاع(١).

٣- يجب ضمان عدم التعارض بين المتهمين عند وحدة الدفاع عنهم، فإذا كان في الدعوى أكثر من متهم وتعارضت مصالحهم تعارضا فعليا بحيث كان الدفاع عن أحدهم يستوجب الطعن فى الآخر، فيجب أن يكون لكل متهم محام خاص، لأن تولى محام الدفاع عنهم ينطوى على إخلال بحقوقهم فى الدفاع(٢). فمثلا إذا اعترف أحد المتهمين على نفسه وعلى غيره اعتبر هذا المتهم شاهد إثبات ضد المتهم الآخر فلا يجوز أن يتولى محام واحد المرافعة عن المتهمين المذكورين(٣). على أنه إذا كان ثبوت الفعل المكون للجريمة فى حق أى متهم لا يؤدى إلى تبرئة الآخر من التهمة المنسوبة إليه، فإن مصلحة كل منهم فى الدفاع لا تكون متعارضة مع مصلحة الآخر، وذلك بأن تعارض المصلحة الذى يوجب إفراد محام خاص لكل متهم يتولى الدفاع عنه أساسه الواقع، ولا يبنى على احتمال ما كان يسع كل متهم أن يبديه من أوجه الدفاع ما دام لم يبده بالفعل(٤). فإذا كان الثابت من الحكم أنه قد انتهى إلى أن الطاعنين ارتكبا معا فعل القتل واعتبرهما فاعلين أصليين فى هذه الجريمة، وكان القضاء بإدانة أحدهما - كما يستفاد من أسباب الحكم - لا يترتب عليه القضاء ببراءة الآخر وهو مناط التعارض الحقيقى بحق الدفاع لا يعيب الحكم(٥).

---

(١) نقض ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٧٤ مجموعة الأحكام س ٢٥ رقم ١٤٨ ص ٦٩١.

(٢) نقض ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد س ١٨ رقم ١١٣ ص ١٠٩، ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة الأحكام س ٤ رقم ٢٠ ص ٤٧، ٣١ يناير سنة ١٩٥٦ س٧ رقم ٣٦ ص ١٠٤، ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٨ س ٩ رقم ٢١١ ص ٨٥٩، ٣٠ مارس سنة ١٩٥٩ س ١٠ رقم ٨٢ ص ٣٦٩، ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٢ س ١٣ رقم ١٧٢ ص ٧٠٧، ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٢ ص ١٣ رقم ١٨٢ ص ٧٤٥، ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٨ س ١٩ ٣٠٣١٩ ص ١٠٠٠.

(٣) نقض ٢٤ يونية سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام س ١٩ رقم ١٥١ ص ٧٥٠، مايو سنة ١٩٩١ الطعن رقم ٥٥٤ لسنة ٦٠ ق.

(٤) نقض ٢٤ يونية سنة ١٩٦٨، مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ١٥١ ص ٧٥٠.

(٥) نقض ٨ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة الأحكام س ٢٠ رقم ٤ ص ٢٤.

٤ـ أن المتهم فى الدعوى هو الخصم الأصيل فيها، أما المحامى فمجرد نائب عنه. فحضور محام مع المتهم لا ينفى حق هذا الأخير فى أن يتقدم بما يعن له من دفاع أو طلبات، وعلى المحكمة أن تستمع إليه ولو تعارض ما يبديه المتهم من وجهة نظر محاميه، وعليها أن ترد على دفاعه. طالما كان جوهريا(١).

٥ـ يجب أن يكون المحامى قادرا على الدفاع، إن اشتراط حضور محام مع المتهم فى جناية يجب أن يكون فعالا، وهو ما لا يتيسر إلا إذا كان المحامى قادرا على الدفاع عن المتهم. فلا يجوز تشويه هذا الضمان واعتباره مجرد مظهر شكلى خال من المضمون. وتطبيقا لذلك، فإن المحامى لا يعد قادرا على الدفاع إذا كانت المحكمة قد انتدبته فى الجلسة ولم تتح له الوقت الكافى للاطلاع حتى ولو قبل المحامى ذلك، أو إذا ثبت أن المحامى كان جاهلا بالقانون الذى يحاكم المتهم بمقتضاه(٢)، أو أن يطلب من المتهم فى ختام المرافعة أن يعترف بالتهمة دون مبرر(٣)، أو أن ينضم إلى الاتهام نظرا لبشاعة التهمة، فذلك موقف عاطفى انفعالى خال من أى مضمون للدفاع. على أنه لا يمس قدرة المحامى على الدفاع أن يطلب الرأفة بالمتهم بدلا من الحكم ببراءته(٤)، أو أن يكتفى بالانضمام إلى زميله المحامى(٥).

---

(١) انظر نقض ١٤ يونية سنة ١٩٦٥ مجموعة الأحكام س ١٦ رقم ١١٥ ص ٥٧٦.

(٢) Lunce V. Ovnlade, F. 1957, George and others, P. X. 18.

(٣) Bovey V. Gransinger, 8th. Crim., C. of App. F. 1958 (George and others, P. X. 18.

(٤) نقض ٢٣ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد جـ٤ رقم ٣٤١ ص ٤٤٦، ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ٢٠٥ ص ١٠٠٨.

(٥) نقض أول إبريل سنة ١٩٣٥، مجموعة القواعد س ٣ رقم ٣٥٤ ص ٤٥٦.

المبحث الرابع
سرعة المحاكمة

١٨٦ـ أسانيد الضمان الدستورى

نصت المادة ٦٨/ ١ من الدستور المصرى على أن تكفل الدولة سرعة الفصل فى الدعوى. ونصت المادة ١٤/ ١٣ (جـ) من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية على أن لكل فرد عند النظر فى أية تهمة جنائية ضده الحق فى أن تجرى محاكمته دون تأخير زائد عن المعقول. ونصت المادة ٦/ ١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على وجوب أن تجرى المحاكمة خلال وقت معقول. وقد أكد هذا الضمان التعديل السادس للدستور الأمريكى، ونص عليه التعديل الرابع عشر لكى يطبق على جميع الولايات.

ويستند هذا الضمان إلى كل من المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمتهم.

وقد عنى القانون الفرنسى فى ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ بالإشارة إلى هذا الضمان، فنص على ضرورة الفصل نهائيا فى الاتهام خلال مدة معقولة.

فالمصلحة العامة تقتضى سرعة الانتهاء من المحاكمة الجنائية تحقيقا للردع العام، وهو أمر يتطلب السرعة فى إجراءات وتوقيع العقاب الملائم فى حالة الإدانة. هذا إلى جانب ما تتكبده الدولة من نفقات بسبب طول الإجراءات[1].

أما المصلحة الخاصة للمتهم فتتوافر فى وضع حد للآلام التى يتعرض لها بسبب وضعه موضع الاتهام، مما يمس شرفه واعتباره وقدره بين الناس، وخاصة فى ضوء علانية إجراءات المحاكمة، وهى آلام نفسية تلحق به وبأسرته. هذا بالإضافة إلى المساس بأصل البراءة فى المتهم والتى تتطلب عدم الإطالة فى وضع المتهم موضع الاتهام. كما أن انتظار المتهم وقتا طويلا للمحاكمة قد يؤدى إلى إضعاف قدرته

---

(١) انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضية Barker V. Wing مشارا إليه فى:
(407 U.S 514, 519 - 520) Charles H.Whitebriead, Criminal procedures, New York, 1980.

على جمع الأدلة التى تفند أدلة الاتهام، كما أنها قد تؤدى إلى إصابة الشهود بالنسيان مما يؤثر فى معرفة الحقيقة[١].

وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا فى مصر[٢] بقولها إن سرعة الفصل فى الدعوى جزء من الحق فى محاكمة منصفة، فلا يجوز أن يكون الاتهام متراخيا أو معلقا أمدا طويلا بما يثير قلق المتهم، ويعوق بالضرورة مباشرته للحقوق والحريات التى كفلها الدستور، وعلى الأخص ما تعلق فيها بحرية التعبير، وحق الاجتماع، والإسهام فى مظاهر الحياة العامة، وقد يلحق به احتقار فيما بين مواطنيه أو يفقده عمله، كما أن محاكمة المتهم بطريقة متأنية تمتد إجراءاتها زمنا مديدا، يعرقل خطاه، ويقترن بمخاطر تتهدد بها فرص الاتصال بشهوده، ويرجح معها كذلك احتمال اختفائهم، ووهن معلوماتهم فى شأن الجريمة حتى مع وجودهم، وهو كذلك يثير داخل كل متهم اضطرابا نفسيا عميقا ومتصلا، إذ يظل ملاحقا بجريمة لا تبدو لدائرة شرورها من نهاية، وقد يكون سببها أن الاتهام ضده كان متسرعا مفتقرا إلى دليل.

ولا يعنى هذا الضمان التسرع فى إجراءات المحاكمة، فذلك عيب قد يؤذى المتهم، لأنه يحتاج إلى وقت لإعداد دفاعه. ولهذا فإن السرعة المطلوبة للفصل فى الدعوى هى السرعة المعقوله. فالحق فى سرعة المحاكمة لا يعنى تقويض بنيانها من خلال اختصارها واختزال إجراءاتها، بما يفقدها ضماناتها[٣].

---

(١) انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضية U.S.V. Ewill مشارا إليه فى المرجع السابق:
(383 U.S. 116, 86) p. 475.

(٢) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٦٤ سنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد رقم ٨ فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨، دستورية عليا فى ٦ يونية سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٤٥ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٢٥ تابع فى ١٨ يونية سنة ١٩٩٨ وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن إنكار الحق فى الترضية القضائية سواء بمنعها ابتداء أو من خلال إزهاقها بقيود تعسر الحصول عليها أو عن طريق تباطؤ ملحوظ فى تقديمها، مؤداه أن من يطلبونها لا يقتضونها فى وقتها الملائم، أو يردون أصلا عنها، أو يحصلون على قدر منها بعد انتقاصها من أطرافها، مما يعتبر إهدارا للحماية التى كفلها الدستور أو المشرع للحقوق على اختلافها، وإنكارا لحقائق العدل فى جوهر ملامحها وتوجهاتها. (دستورية عليا فى ٤ من مارس سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٢٧ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١٦ فى ١٦/ ٤/ ١٩٩٨، دستورية عليا فى ١١ مارس سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ٥٥ لسنة ٣٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١٥ فى ٢٠/ ٣/ ٢٠٠٠، دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ص ٣١٦.

(٣) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ سالف الإشارة إليه.

١٨٧ـ مجالات سرعة المحاكمة

بينا فيما تقدم أن المقصود بالمحاكمة هنا ينصرف إلى معناها الواسع الذى تستغرقه الخصومة الجنائية بجميع إجراءاتها. ومن ثم فإن السرعة المطلوبة كضمان دستورى لا تقتصر على مرحلة واحدة من مراحلها، بل تنصرف إلى كافة هذه المراحل:

أولا: فبالنسبة إلى مرحلة الاتهام حدد قانون الإجراءات الجنائية مواعيد موجزة لتكليف المتهم بالحضور أمام محكمة الجنح والمخالفات (المادة ٢٣٣) وأجاز الاستغناء عن هذا التكليف إذا حضر المتهم بالجلسة ووجهت إليه التهمة من النيابة العامة وبكل المحاكمة (المادة ٢٣٢).

ثانيا: وبالنسبة إلى مرحلة التحقيق الابتدائى حدد القانون المصرى مواعيد مختصرة فى الإجراءات الماسة بالحرية، إذ يجب على النيابة العامة أن تستجوب المتهم المقبوض عليه فى ظرف أربع وعشرين ساعة، ثم تأمر بالقبض عليه أو بإطلاق سراحه. وحدد القانون مدة لا تزيد على ثلاثين يوما قابلة للتجديد لإجراء الضبط أو الاطلاع أو المراقبة أو التسجيل بالنسبة إلى المراسلات بجميع أنواعها والمحادثات السلكية واللاسلكية، وتسجيل الأحاديث الشخصية (المادة ٩٥) وحدد القانون مواعيد معينة للحبس الاحتياطى (المادة ١٤٢) وأوجب عرض الأمر على النائب العام إذا انقضى على حبس المتهم ثلاثة شهور، وذلك لاتخاذ الإجراءات التى يراها كفيلة للانتهاء من التحقيق. وأوجب القانون فى جميع الأحوال ألا تزيد مدة الحبس الاحتياطى على ستة أشهر، ما لم يكن المتهم قد أعلن بإحالته إلى المحكمة المختصة قبل انتهاء هذه المدة، فإذا كانت التهمة المنسوبة إليه جناية فلا يجوز أن تزيد مدة الحبس الاحتياطى على ستة أشهر إلا بعد الحصول قبل انقضائها على أمر من المحكمة المختصة بمد الحبس مدة لا تزيد على خمسة وأربعين يوما قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى مماثلة، وإلا وجب الإفراج عن المتهم فى جميع الأحوال (المادة ١٤٣).

ثالثا: وبالنسبة إلى مرحلة المحاكمة حرص القانون المصرى على النص على هذا الضمان صراحة فى بعض النصوص. ومن أمثلة ذلك نص المادة ٢٧٦ مكررا إجراءات التى نصت على أن يحكم على وجه السرعة فى القضايا الخاصة بالأحداث والخاصة بالجرائم المنصوص عليها فى الأبواب الأول والثانى والثانى

مكرر والثالث والرابع والرابع عشر من الكتاب الثانى من قانون العقوبات والجرائم المنصوص عليها فى المواد ٣٠٢ و ٣٠٣ و ٣٠٦ و ٣٠٧ و٣٠٨ من قانون العقوبات إذا وقعت بواسطة الصحف والقانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ فى شأن الأسلحة والذخائر المعدلة بالقانون رقم ٥٤٦ لسنة ١٩٥٤ .

ويكون تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة فى القضايا المبينة بالفقرة السابقة قبل انعقاد الجلسة بيوم كامل فى مواد الجنح وثلاثة أيام كاملة فى مواد الجنايات غير مواعيد مسافة الطريق .

ويجوز أن يكون الإعلان بواسطة أحد المحضرين أو أحد رجال السلطة العامة . وتنظر القضية فى جلسة تعقد فى ظرف أسبوعين من يوم إحالتها على المحكمة المختصة وإذا كانت القضية محالة على محكمة الجنايات يقوم رئيس محكمة الاستئناف المختصة بتحديد جلسة فى الميعاد المذكور .

ونصت المادة ١٢٣ / ٣ إجراءات على أنه لا يجوز تأجيل نظر الدعوى فى جرائم القذف بطريق النشر فى إحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات أكثر من مرة واحدة لمدة لا تزيد على ثلاثين يوما وينطق بالحكم مشفوعا بأسبابه . وقد كانت الفقرة الثانية من هذه المادة توجب على المتهم أن يقدم للمحقق عند أول استجواب له وعلى الأكثر فى الأيام الخمسة التالية بيان الأدلة على كل فعل أسند إلى موظف عام أو شخص ذى صفة نيابة عامة أو مكلف بخدمة عامة وإلا سقط حقه فى إقامة الدليل على صحة هذا الفعل (على النحو المشار إليه فى المادة ٣٠٢ / ٢ عقوبات) ، إلا أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر قضت بعدم دستورية هذه الفقرة لما رأته من أن هذا القيد الزمنى يعد تقييدا لحق الدفاع(١) .

ونصت المادة ٢١ من قانون مكافحة الدعارة لسنة ١٩٦١ على أن المحكمة تفصل فى الدعوى الخاصة بجرائمه على وجه الاستعجال فى مدة لا تجاوز ثلاثة أسابيع .

ويلاحظ أن هذه النصوص لا تحصر الأحوال التى تجب فيها سرعة الفصل فى الدعوى الجنائية ، وإنما تذكر بوجه خاص أحوالا معينة على سبيل التخصيص وليس

---

(١) دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ ، الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية» .

على سبيل الحصر. فسرعة الفصل فى الدعاوى فى ميعاد معقول واجب عام تلتزم به المحاكم تحقيقا لكل من المصلحة العامة والمصلحة الخاصة. ولاشك أن معقولية الموعد الذى يتعين فيه الفصل فى الدعوى يتوقف على ظروف كل قضية، فهى أمر نسبى يتوقف تحديده على واقعة كل دعوى، ويقع على عاتق قاضى الموضوع تقدير عناصر الواقعة وطبيعتها والتى يتوقف عليها تحديد الميعاد المعقول للفصل فى الدعوى. ويسهم بالإضافة إلى ذلك سلوك أطراف الدعوى (المتهم والادعاء) فى التعاون مع المحكمة لسرعة الفصل فى الدعوى. مع ملاحظة أنه لا يجوز التضحية بحق الدفاع فى سبيل هذه السرعة، لأن هذا الضمان لا يجوز أن يكون على حساب ضمان آخر. ولهذا أكدت المحكمة الدستورية العليا أن انفتاح طريق الطعن فى الأحكام أو منعها لا يجوز من زاوية دستورية إلا وفق أسس موضوعية ليس من بينها سرعة الفصل فى القضايا(١).

١٨٨ـ جزاء الإخلال بضمان سرعة المحاكمة

لا شك فى أن التشريع الذى يخل بهذا الضمان فى نصوصه يكون مخالفا للدستورعلى أنه ثار البحث عن الجزاء المترتب على إخلال سلطة التحقيق أو المحكمة بضمان سرعة المحاكمة، وقد اختلفت التشريعات فى هذا الصدد على النحو الآتى:

١ـ تحديد فترة زمنية يجب خلالها الانتهاء من المحاكمة مع بيان الاستثناءات التى يجوز بسببها إطالة هذه الفترة. وهذه المدة تبدأ منذ التحقيق فى الدعوى قبل بدء المحاكمة. وقد أجازت بعض التشريعات رفض الاتهام (كما فى القانون الفيدرالى الأمريكى) لسرعة المحاكمة الصادر سنة ١٩٧٤(٢). وفى هذا المعنى أصدرت المحكمة العليا فى اليابان فى ١٦ ديسمبر ١٩٧٤ حكما يقول بأنه إذا طالت مدة

---

(١) دستورية عليا فى ٤ من فبراير سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٣٩ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، جـ٦ ص ٥١١، ٧ من فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٦٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٨ فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨.

(٢) Harles H. Whitebread, Criminal procesure, Analysis of constituional cases and concepts, mineala, New York, 1980, p. 478.

الإجراءات الجنائية مما ألحق الضرر بحق المتهم فى الدفاع عن نفسه ضد التهمة، فإن المحكمة يجوز لها أن تصدر حكما بعدم قبول الاتهام بناء على ما نص عليه الدستور اليابانى من سرعة المحاكمة (المادة ٧٣/ ١)(١).

٢ـ اتجهت بعض التشريعات إلى بعض الإجراءات الوقائية، مثل الحكم بالبطلان(٢)، أو تخويل رئيس المحكمة اتخاذ الخطوات اللازمة لسرعة الفصل فى الدعوى(٣). ومن قبيل الإجراءات الوقائية ما نصت عليه المادة ١٤٣/ ٢ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى التى جرى نصها على أنه يتعين عرض الأمر على النائب العام إذا انقضى على حبس المتهم احتياطيا ثلاثة شهور، وذلك لاتخاذ الإجراءات التى يراها كفيلة للانتهاء من التحقيق.

٣ـ تقرير بعض الجزاءات التى تتمثل إما فى أن تقضى المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى التى طالت فيها إجراءات المحاكمة، أو الحكم بالغرامة على المتسبب فى التأخير(٤). وقد يتمثل الجزاء فى التعويض، فقد نصت المادة ٥٠ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على أن كل مخالفة للمدة المعقولة التى يجب أن تجرى فيها المحاكمة يمكن لصاحب الشأن أن يطلب من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الحصول على تعويض مالى يمثل ترضية عادلة. كما أجاز القضاء الفرنسى تأسيسا على ما نص عليه قانون تنظيم القضاء الفرنسى (المادة L. 781-1) الذى يجيز التعويض عن الخطأ القضائى، لصاحب الشأن أن يطلب التعويض بسبب المدة غير المعقولة التى استغرقتها المحاكمة، مما يعد إنكارا للعدالة(٥).

٤ ـ وقد ثار البحث عما إذا كان تجاوز المدة المعقولة للمحاكمة يمكن أن يؤثر فى صحة إجراءاتها. وقد قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأنه إذا خفف القاضى الوطنى العقوبة بسبب طول إجراءات المحاكمة، فإن هذا الإجراء يعد

---

(١) انظر التقرير اليابانى Hideo Niwayama فى المؤتمر الدولى الثانى عشر لقانون العقوبات (هامبورج سنة ١٩٧٩). Rev. inter. de droit pénale, 1978, no. 3, p. 220.

(٢) انظر التقرير النمساوى: Karl Muller, Rev. inter. de droit pénale, 1978, no. 3, p. 53.

(٣) انظر التقرير اليوغوسلافى: Mamcilo Garubac, Rev. inter. de droit pénale, 1978, no. 3, p. 422.

(٤) انظر التقرير الكولومبى: Alfonso Reyes, Rev. inter. de droit pénale, 1978, no. 3, p. 102.

(٥) محكمة باريس فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٩٥ Dalloz 1997, Som. com. 149, Obs. Pradel

تعويضا ملائما يحول دون تمكين المتهم من طلب التعويض من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان[1] . وعلى العكس من ذلك ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المدة غير المعقولة للإجراءات لا تجيز لصاحب الشأن إلغاء القرار الذى اتخذ فى مدة متأخرة، ولا يجوز له أن يطالب ببطلانه[2] .

٥ـ تقادم الدعوى الجنائية إذا مضت المدة المقررة للتقادم منذ اليوم التالى لتاريخ آخر بإجراء من إجراءات الانقطاع . وقد كان قانون الإجراءات الجنائية المصرى ينص فى المادة ١٧ / ٣ على عدم جواز أن تطول المدة المقررة لانقضاء الدعوى الجنائية بسبب الانقطاع لأكثر من نصفها، وذلك حتى لا يظل المتهم مهددا بالدعوى مهما تقادم العهد على الجريمة، إلا أن هذه الفقرة ألغيت بالمرسوم بقانون رقم ٤٣٠ لسنة ١٩٥٢ .

وقد لاحظت لجنة حقوق الإنسان المختصة بتطبيق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أن نقطة البداية فى احتساب المدة المعقولة للمحاكمة يجب أن تحسب قبل دخول الدعوى حوزة المحكمة، وأن ينظر إلى التاريخ الذى أصبح فيه الشخص متهما[3] .

١٨٩ـ عدم تقادم الدعوى الجنائية فى جرائم المساس بالحقوق والحريات الدستورية

وتقديرا للتوازن بين مختلف الحقوق والحريات نصت المادة ٥٧ من الدستور على أن كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم . وتطبيقا لهذا النص، جاء القانون رقم ٣٧

---

(١) المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فى ١٥ يولية سنة ١٩٨٢ ، قضية Eckle ضد ألمانيا (مجموعة أحكام المحكمة Série A, no. 51,88).

(٢) Crim. 22 Sept. 1998, Procédures, Mars 1999, no. 71, 29 Avr. 1996, D. 1997, som com. 148.

(٣) قرار لجنة حقوق الإنسان فى ٩ مايو سنة ١٩٨٣ مشار إليه فى مؤلف:
Jacques Velu, Rusinergec, La convention Européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990, p. 440.

لسنة ١٩٧٢ فأضاف فقرة جديدة إلى المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية نصت على أنه فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد ١١٧ و ١٢٦ و ١٢٧ و ٢٨٢ و٣٠٩مكررا و ٣٠٩ مكررا من قانون العقوبات والتى تقع بعد تاريخ العمل بهذا القانون، فلا تنقضى الدعوى الجنائية الناشئة عنها بمضى المدة[١]. وقد راعى المشرع فى استبعاد هذا النوع من الجرائم من نطاق التقادم إهدارها لحقوق لها أهميتها ووزنها فى المجتمع الديمقراطى. وقضت محكمة النقض بأن مفاد النص الدستورى أن الاعتداء الذى منع الدستور وقوعه على الحرية الشخصية هو كل ما من شأنه تقييدها فى غير الحالات التى يقرها القانون، وقضت بأن نص المادة ٥٧ من الدستور صالح بذاته للإعمال من يوم العمل بالدستور دون حاجة إلى سن تشريع آخر أدنى فى هذا الخصوص[٢].

وقد نصت بعض الاتفاقيات الدولية على عدم تقادم الدعوى الجنائية فى نوع خطير من الجرائم. مثال ذلك، اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية والصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٦٨ والتى بدء نفاذها فى ١١ نوفمبر سنة١٩٨٠.

وقضى المجلس الدستورى الفرنسى بأن النص على عدم جواز التقادم فى نوع من الجرائم الجسيمة لا يعد مخالفا للدستور (الجرائم ضد الإنسانية المنصوص عليها على عدم تقادمها فى اتفاقية إنشاء المحكمة الجنائية الدولية)[٣].

---

(١) يشير هذا النص إلى جرائم استخدام العمال سخرة، وتعذيب متهم لحمله على الاعتراف، ومعاقبة محكوم عليه بعقوبة لم يحكم بها أو بأشد مما حكم به، وحصول القبض بغير حق من شخص تزيا بدون زى مستخدمى الحكومة، والاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للمواطن.

(٢) نقض مدنى فى ١٥ فبراير سنة ١٩٧٩، مجموعة الأحكام س ٣٠ قاعدة رقم ١٠٣ ص ٥٣٩ وقضى بأن المادة ٢٨٠ عقوبات من بين الجرائم التى يسرى عليها القانون ٣٢ لسنة ١٩٧٢. (نقض جنائى ٢٤ مارس سنة ١٩٧٥، مجموعة الأحكام س ٢٦ ص ٣٥٨).

(٣) 98-408 Dc du 22 Janvier 1999, Cour pénal internationale (annuaire International de la ju- respudence constitutionnelle, 1999, p. 626).

الفصل الثالث

الضمانات الخاصة بمرحلة «المحاكمة»

نعرض فيما يأتى لضمانات المحاكمة المنصفة فى مرحلة «المحاكمة» وهى: علانية إجراءات المحاكمة، ولا عقوبة بغير حكم قضائى، وتسبيب الأحكام، وعدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة واحدة، وتنفيذ الأحكام.

المبحث الأول

علانية إجراءات المحاكمة

١٩٠ـ ماهيتها

ينال هذا المبدأ قيمة دستورية، فقد نصت المادة ١٦٩ من الدستور المصرى على أن «جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب. وفى جميع الأحوال يكون النطق بالحكم فى جلسة علنية». فمن خلال هذه العلانية تتضح لأطراف الخصومة حقوقهم والتزاماتهم فى المحكمة الجارية لاستخدامها لضمان محاكمة قانونية «منصفة». فلهذه العلانية قيمة أساسية تسهم فى ضمان حياد الذى أناط بهم القانون مهمة القضاء فى الدعوى، وتكفل للماطنين وسيلة التحقق من ضمانات المحاكمة التى بدونها تفقد طابعها القانونى (أو المنصفة). وبعبارة أخرى، فإن الطابع العلنى لإجراءات المحاكمة هو وسيلة الرقابة الحالة لفاعلية العدالة. وفى هذا الصدد قال أحد الفقهاء الإنجليز بأن «القضاة الإنجليز كانوا أفضل قضاء العالم لأنهم كانوا أفضل الخاضعين للعلانية». وقد قيل بأن علانية الإجراءات القضائية تخول المواطنين وسيلة التحقق المباشر أو بواسطة الصحافة من توافر الشروط التى تتم فيها مباشرة القضاء باسمهم، وأن هذا الضمان يتجاوز إلى حد كبير الضمانات المخولة لأطراف الدعوى. وقيل بأن العلانية هى ضمان عدم الشك فى حياد القضاة بواسطة الجمهور[١].

وقد انتهت المحكمة العليا التى كانت تختص بالرقابة على دستورية القوانين إلى أن المادة ١٦٩ من الدستور التى نصت على علانية الجلسات تنطبق على الأحكام التى تصدر من المحكم بالمعنى الضيق دون سواها من الهيئات القضائية[٢]. ومن ثم، فلا تسرى العلانية على الأوامر الجنائية ولا على مجالس التأديب.

---

(١) انظر هذه الأقوال مشارا إليها فى مؤلف: Thierry Renoux, op. cit., p. 393, 394.

(٢) المحكمة العليا فى أول إبريل سنة ١٩٧٨ فى القضية رقم ١٧ لسنة ٧ قضائية عليا «دستورية».

ولا يستبعد هذا الضمان الدستورى إلا لحماية قيمة دستورية أخرى تتمثل إما فى حماية الحق فى الحياة الخاصة، أو فى حماية النظام العام أو الآداب.

وقد كفل الدستور حماية الحق فى الحياة الخاصة فى المادة ٤٥/ ١. وتطبيقا لذلك، نصت المادة ٨٧١ من قانون المرافعات على نظر دعاوى الأحوال الشخصية فى غرفة المشورة. ونص قانون العقوبات فى المادة ١٩٣ المضافة بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٥٧ على حظر نشر أخبار بشأن التحقيقات أو المرافعات فى دعاوى الطلاق أوالتفريق أو الزنا، وعاقب على مخالفة هذا الحظر بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه، أو بأحدى هاتين العقوبتين.

وقد أجازت المادة ١٠١ من قانون المرافعات للمحكمة سماع الدعوى فى جلسة سرية لحماية حرمة الأسرة. ويقصد بذلك كل ما يتصل بكيانها وشرفها، وهو أمر يدخل فى نطاق الحق فى الحياة الخاصة. ونص قانون العقوبات فى المادة ١٨٩ على معاقبة كل من نشر بإحدى طرق العلانية ذكر ما جرى فى الدعاوى المدنية أو الجنائية التى قررت المحكمة سماعها فى جلسة سرية.

كما كفل الدستور المصرى حماية النظام العام والآداب، فنص فى المادة ١٦٩ على أن جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكم جعلها سرية مراعاة للنظام العام أوالآداب. وقد أكدت ذلك المادة ٢٦٨/ ١ من قانون الإجراءات الجنائية فنصت على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بسماع الدعوى كلها أو بعضها فى جلسة سرية مراعاة للنظام العام أو محافظة على الآداب. كما نصت المادة ٨٥/ ٤ من قانون العقوبات على أنه يعد سرا من أسرار الدفاع الإجراءات التى تتخذ لمحاكمة مرتكبى الجرائم الماسة بأمن الدولة من جهة الخارج، على أنه يجوز للمحكمة - مع ذلك - أن تأذن بإذاعة ما تراه من مجريات المحاكمة.

المبحث الثانى
لا عقوبة بغير حكم قضائى

١٩١ـ ماهية الضمان

نصت المادة ٦٦ من الدستور على أنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى. وقد بينا أنه يتعين لتطبيق قانون العقوبات البدء بكشف الحقيقة من خلال إجراءات معينة ثم تحديد مضمون حق الدولة فى العقاب بواسطة الحكم القضائى، وهو ما لا يتيسر إلا بواسطة قضاء الحكم. فهذا الحكم هو الذى يؤكد لنصوص قانون العقوبات القوة والفاعلية عند مخالفتها، لأنه هو الذى يكفل فى هذه الحالة وضعها موضع التطبيق. وهذا هو صميم الوظيفة القضائية ذاتها. وتبدو الحاجة ملحة إلى القضاء فى تحديد مضمون حق العقاب فى مواجهة المتهم؛ بالنظر إلى ما ينطوى عليه هذا التحديد من مساس جسيم بالحرية الشخصية. فإذا جاز للخصم فى الدعوى المدنية أن يحصل على حقه بطريق الصلح، فإن ذلك غير جائز فى الدعوى الجنائية لتعلقها بحرية المتهم. هذا مبدأ أصولى فى القانون، ولا يحول دون تقريره أى رغبة فى سرعة الإجراءات الجنائية أو اختصارها فى الجرائم البسيطة، فإن أجاز القانون الصلح أو التصالح لإنهاء الدعوى الجنائية، فإن مبلغ الصلح لا يمكن اعتباره عقوبة أو استئناء لحق الدولة فى العقاب بأى حال من الأحوال. فما الصلح إلا تصرف قانونى بين طرفين. وبناء عليه يصدر الحكم بانقضاء الدعوى الجنائية. ومن ثم فلا يجوز اعتبار هذا الحكم سابقة فى العود.

ووفقا لهذا الضمان تطل شبهة عدم الدستورية على النصوص التى تجيز العقوبات التبعية المترتبة بقوة القانون بناء على الحكم القضائى. فقد جاء الدستور المصرى فى المادة ٦٦ واضحا بأنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى، مما يعنى أن الحكم وحده هو أداة النطق بالعقوبة، وليس هذا هو الشأن بالنسبة إلى العقوبات

التبعية التى تنفذ «بناء على» الحكم القضائى دون أن يقضى بها. وقد تدارك قانون العقوبات الفرنسى الجديد هذا الأمر، فنص فى المادة (١/ ٢١-١٣٢) على عدم جواز فرض عقوبة تترتب بقوة القانون بناء على الإدانة. ونصت المادة (١/ ١٧-١٣٢ عقوبات فرنسى) على عدم جواز تنفيذ عقوبة ما لم تقضى بها المحكمة صراحة.

وقد علق الفقه الفرنسى على ذلك بأنه وفقا لهذين النصين اختفت العقوبات التى تنفذ بطريقة «أوتوماتيكية» تبعا لعقوبة أصلية(١).

ووفقا لذات المبدأ نصت المادة (٢٥٦/ ١، ٢ إجراءات فرنسى) على عدم جواز الحرمان من الحقوق المدنية ما لم يقضى بذلك الحكم صراحة.

وتكشف قاعدة أنه (لا عقوبة بغير حكم قضائى) عن مدى التلازم بين المحاكمة المنصفة، وشرعية الجرائم والعقوبات. فوفقا لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات لا جريمة ولا عقوبة ما لم تكن بناء على قانون. ولما كان القاضى هو المنوط به وحده تطبيق القانون وتأكيد فاعليته، فإنه بناء على ذلك، لا توقع العقوبة بغير حكم قضائى.

وتطبيقا لهذا المبدأ، قررت المحكمة العليا(٢) التى كان لها الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين، عدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٠ التى جعلت عقوبة الوضع تحت مراقبة الشرطة تتم بقوة القانون بشرطين معينين(٣)، مما يفيد أن الشرطة هى الجهة المختصة بإعماله، وأوصت بتعديل القانون لكى يتفق مع الدستور. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ(٤) وقضت بعدم دستورية هذا النص عندما لم يستجب المشرع لتوصية المحكمة العليا وفقا للتفسير سالف الذكر.

---

(١) Marie-Hénéne Renault, Encyclopédie Dalloz, Pénall, T. IV, n° 2.

(٢) المحكمة العليا فى ٥ إبريل سنة ١٩٧٥ فى طلب التفسير رقم ٥ لسنة ٤ قضائية عليا.

(٣) أولهما: أن تتوافر فى الشخص حالة الاشتباه المنصوص عليها فى المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ الخاص بالمتشردين والمشتبه فيهم. ثانيهما: أن يكون قد صدر أمر باعتقاله لأسباب تتعلق بالأمن العام.

(٤) دستورية عليا فى ١٥ مايو سنة ١٩٨٢ فى القضية رقم ٢٩ سنة ٣ قضائية «دستورية».

وتأتى أهمية الحكم القضائى الصادر بالعقوبة فى أنه هو الذى يضع حدا لأصل البراءة، طالما أصبح باتا أى غير قابل للطعن(١).

١٩٢ـ معالجة الدعوى الجنائية بغير قضاء الحكم

يقتضى التدخل فى الدعوى الجنائية تمحيص الأدلة، وفحص شخصية المتهم، وتهيئة جميع العناصر اللازمة لإصدار الحكم. ونظرا لما يستغرقه هذا البحث من إجراءات قد يطول مداها، اتجه التفكير إلى معالجة الدعوى الجنائية بغير طريق القضاء الجنائى أو بغير طريق القضاء كله.

أما عن استبعاد الدعوى من ساحة القضاء الجنائى، فهو يعكس اتجاها حديثا يسمى «بعدم العقاب Dépenalisation»(٢) ويقصد بهذا الاتجاه إخراج الدعوى من اختصاص القضاء الجنائى لكى تدخل فى اختصاص القضاء المدنى أو الإدارى مع تجريدها من العقوبات المقررة لها واعتبارها قابلة لجزاءات أخرى غير عقابية.

ويرى البعض أن هناك حاجة سريعة إلى تطبيق هذا الاتجاه فى الجرائم التى لا يوجد فيها مجنى عليهم أو فى جرائم الأحداث. واقترح البعض فى الدول الإسكندنافية ودول أوروبا الغربية «عدم العقاب» على جرائم المرور، والقذف، والسرقة البسيطة، والامتناع عن دفع النفقة(٣).

وبالنسبة إلى إخراج الدعوى الجنائية من نطاق القضاء بأسره، فهو اتجاه يهدف إلى المعالجة غير القضائية للجرائم للتخفيف من حدة الإجراءات الجنائية التقليدية بقدر الإمكان من خلال التوفيق والتصالح، دون المساس بوجوب الالتجاء إلى الدعوى الجنائية بإجراءاتها التقليدية لمواجهة الجرائم التى تمثل تهديدا جسيما

---

(١) دستورية عليا فى ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧.

(٢) وقد ظهر هذا الاتجاه فى المؤتمر السادس لوزراء العدل فى أوروبا المنعقد سنة ١٩٧٠. انظر:
Nations Unies; Document A/Conf, 65/4, législation criminelle, procédures judiciaires et autres forms de controle social dans la prévention de crime et le traitement des délinquants. p. 55-65.

(٣) انظر وثيقة الأمم المتحدة المشار إليها فى الهامش السابق.

للصالح العام. ويؤدى هذا الاتجاه إلى التقليل من عدد الأشخاص الذين يتعرضون للإجراءات الماسة بالحرية الشخصية بسبب إمكان تقديمهم للمحاكمة أمام القضاء الجنائى. وقد بدأ الخروج عن السير الطبيعى للإجراءات الجنائية فى نهاية القرن التاسع عشر وفى أوائل القرن العشرين، حين بدأت بعض التشريعات فى تنظيم محاكم خاصة للأحداث تكفل إبعادهم عن جو المحاكمة الجنائية، ومعاملتهم على نحو أقل شدة. وامتد نطاق هذه المعاملة الخاصة إلى البالغين فى ضوء شخصيتهم الإجرامية تحت تأثير تعاليم السياسة الجنائية الحديثة التى بدأت منذ المدرسة الوضعية.

وتتمثل معظم تجارب الدول فى الخروج على الإجراءات الجنائية التقليدية التى يباشرها القاضى، فى إحدى وسيلتين هما:

١- التدخل الاجتماعى، وذلك عن طريق الأسرة أو الجماعة لحل المشكلة المترتبة على الجريمة فى مجالها الخاص بعيدا عن تدخل الشرطة أو القضاء.

وقد تتدخل الشرطة فتحيل المشكلة المترتبة على الجريمة إلى الأسرة أو إلى الجماعة لحلها بدلا من رفع الأمر إلى النيابة العامة.

٢- الفصل فى الدعوى بغير حكم عن طريق إنهائها فى المرحلة الأولى من الإجراءات الجنائية عن طريق الصلح الجنائى فى الجرائم البسيطة، كبديل عن رفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة، وهو ما توسع فيه التعديل الجديد لسنة ١٩٩٨ لقانون الإجراءات الجنائية، أو عن طريق منح النيابة العامة سلطة تقدير مدى ملاءمة رفع الدعوى الجنائية إلى المحكمة.

ونظرا إلى أن الالتجاء إلى هاتين الوسيلتين قد يمس مبدأ المساواة أمام القانون، فيجب أن تخضع لمبادئ عامة معروفة للجميع. وتتفق الغاية من هذه الوسائل مع دور القاضى الجنائى فى المجتمع الحديث، فهو ليس مجرد أداة لمعالجة المعلومات القانونية، وإعطاء الحلول للمشكلات المعروضة عليها[1]. وإنما يقوم بتحقيق غاية اجتماعية هى إعادة تأهيل المجرم للحياة الاجتماعية. وفى إطار هذا الدور الاجتماعى للقاضى، فإن ابتسار الإجراءات، وعدم عرضها على القضاء من أجل

---

(١) Nations Unies, Document A/Conf. 56/4.

تحقيق مصلحة اجتماعية، لا ينطوى على المساس بضمان الفصل فى الدعوى بواسطة القضاء. فهذا الضمان لا تبدو الحاجة إليه وفقا للشرعية الدستورية إلا عندما يحتاج الأمر إلى توقيع عقوبة على المتهم. هنا تتعرض الحرية الشخصية للخطر مما يتعين معه حمايتها عن طريق الإشراف القضائى على هذا الإجراء[(١)].

١٩٣ـ الضمان القضائى فى التدابير المانعة

ويثور البحث حول أهمية الضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية التى تتخذ لفرض التدابير المانعة، وهى التدابير التى يقررها القانون لمواجهة الخطورة الاجتماعية لبعض الأشخاص قبل ارتكابهم الجريمة، مثل حالة التشرد، وحالة الاشتباه، والحالة النفسية المترتبة على الإدمان على المخدرات. وقد اختلف فى تحديد الإطار الإجرامى للتدابير المانعة، فذهب البعض إلى ضرورة تنظيمها فى إطار الإجراءات الجنائية الإدارية. بينما ذهب رأى ثان إلى اعتبار هذه التدابير المانعة من اختصاص المحكمة المدنية وإبعادها عن النطاق الجنائى[(٢)]، والواقع من الأمر أن دعوى التدبير المانعة تهدف إلى التحقق من واقعة متنازع عليها هى الخطورة الاجتماعية، وإلى اتخاذ تدابير ماسة بالحرية الشخصية وهو ما يوجب إخضاعها لإشراف القضاء. وشأن هذه التدابير فى المساس بالحرية شأن العقوبات ومن ثم يجب أن تكون بحكم قضائى. وقد نصت بعض التشريعات العربية على اختصاص القضاء بفرض هذه التدابير، مثال ذلك قانون الإجراءات الجنائية الكويتى (المادة ٢٣)، والقانون العراقى (المادة ٧٧) والقانون السودانى (المادتان ٨١ و ٨٣). وقد جرم القانون المصرى بعض صور الخطورة الاجتماعية مثل حالتى التشرد والاشتباه (المرسوم لقانون رقم ٩٨ سنة ١٩٤٥)، إلى أن أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكمها الصادر فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣[(٣)] بعدم دستورية المادة ٥ من المرسوم بقانون

---

(١) HERZOE; Introduction juridique au probléme de l'état dangeraux, Deuxiéme Cours international de criminologie, Paris, p. 345-535.

(٢) PINATEL, État dangeraux pré - delictuel et garanties de la liberté individuelle, Rev, Sc., Crim 1970, p. 908.

(٣) فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ (العدد ٢).

رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ سالف الذكر وبسقوط أحكام المواد المرتبطة بها، وهى المواد ٦ و ١٣ و ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥، وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ مكررا من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات والتى تخول المحكمة الجزئية سلطة الحكم ببعض التدابير ضد ممن سبق الحكم عليه أكثر من مرة فى إحدى الجنايات المنصوص عليها فى هذا القانون[1].

ويلاحظ أن القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٠ فى شأن وضع بعض المشتبه فيهم تحت مراقبة الشرطة بناء على حالة الاشتباه إذا كان قد صدر أمر باعتقالهم لأسباب متعلقة بالأمن العام، كان قد أجاز لوزير الداخلية وضع المعتقل تحت مراقبة الشرطة لمدة سنتين بعد الإفراج عنه إذا توافرت فى شأنه حالة الاشتباه مع إعطائه حق التظلم أمام القضاء. ولما كان الوضع تحت مراقبة الشرطة يعد كالحبس طبقا للمادة العاشرة من قانون التشرد والاشتباه، فضلا عن مساسه بالحرية الشخصية، فإنه يعد من العقوبات، وبالتالى لا يجوز فرضها إلا بحكم قضائى[2]. وهو ما قررته به المحكمة العليا التى كانت تختص بالرقابة على دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا.

ويثور البحث أيضا، عن شرعية المصادرة الإدارية التى ترد على الأشياء التى تعد حيازتها أو استعمالها جريمة. ويدق الأمر فى القانون المصرى نظرا إلى أن الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ قد نص فى المادة ٣٦ على أنه لا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائى. والواقع من الأمر، أن الملكية الخاصة المحمية بالضمان القضائى فى وجه المصادرة هى الملكية المشروعة التى يعترف بها القانون، هو ما لا ينطبق على الملكية غير المشروعة وهى التى ترد على الأشياء التى تعد حيازتها أو استعمالها جريمة. فما لا يعترف به القانون لا يحميه. ومن ناحية أخرى، فإن المصادرة

---

(١) دستوريةعليا فى ١٥ يونية سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٧ يونية سنة ١٩٩٧ (العدد ٢٥).

(٢) نادينا بهذا الرأى فى كتابنا (أصول السياسة الجنائية) سنة ١٩٧١ ص ٢٨٥. وفى مقالنا عن الضمانات الدستورية للحرية الشخصية (مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٧٢ ص ٣٧٣). وقد أخذت به المحكمة العليا فى ٥ إبريل سنة ١٩٧٥، مجلة المحاماة س ٥٦ ص ٣٠(٢) فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية».

الإدارية التى ترد على أشياء يحرم القانون مطلق حيازتها بسبب خطرها الذاتى على المجتمع مثل المخدرات والمأكولات الفاسدة، فإنها تعد تدبيرا عينيا لمواجهة الخطر المنبعث من مجرد حيازتها ولا ترد على حق يحميه القانون، ومن ثم فهى لا تمس حرية حائزها. أما تلك الأشياء التى يجرم القانون حيازتها أو استعمالها لعدم شروط معينة مثل السلاح الذى تتوقف مشروعية حيازته على الحصول على ترخيص، فإنها تصلح لأن تكون محلا لحق يحميه القانون، وإن خضع استعمال هذا الحق لشروط معينة، وبالتالى فلا تجوز مصادرتها إلا بحكم قضائى.

وكذلك الشأن بالنسبة للغرامات الجمركية التى نص عليها قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ والتى كانت المادة ١١٩ من هذا القانون قبل تعديلها بالقانون رقم ١٧٥ لسنة ١٩٩٨ تعطى لمدير عام الجمارك سلطة فرض هذه الغرامات، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا أن هذه الغرامات لا تعد تعويضات مدنية، بل تعد عقوبات بالمعنى القانونى، مما يتطلب أن يكون إيقاعها بعمل قضائى (حكم) طبقا للمادة ٦٦ من الدستور[١]. وجاء التعديل الجديد للمادة ١١٩ إجراءات فجعل توقيع الغرامات والتعويضات بأمر جنائى وفقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها فى قانون الإجراءات الجنائية[٢]. وطبقا لهذه القواعد والإجراءات إذا اعترض المتهم يسقط الأمر ويحاكم المتهم طبقا للقواعد العامة.

١٩٤ـ الأوامر الجنائية الصادرة من النيابة العامة

أجازت بعض التشريعات لغير القاضى إصدار أوامر جنائية بالغرامة، مثال ذلك قانون الإجراءات الجنائية المصرى المعدل بالقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨٠. فقد أجاز لرئيس النيابة أو وكيل النيابة من الفئة الممتازة بالمحكمة التى من اختصاصها نظر الدعوى إصدار الأمر الجنائى فى الجنح، وفى المخالفات بشروط معينة (المادة ٣٢٥) مكررا. وهذا النص لا يتفق مع مبدأ «لا عقوبة بغير حكم قضائى»، لأن الأمر الجنائى الصادر من النيابة العامة لا يعد بأية حالة من الأحوال حكما قضائيا، لأنه

---

(١) دستورية عليا فى ٢ أغسطس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٧ (العدد ٣٣).

(٢) وبطبيعة الحال، إذا اعترض المتهم على هذا الأمر الجنائى تجرى محاكمته وفقا للقواعد العامة.

يصدر من غير قاض وتتوقف قوته على قبوله ممن صدر ضده بعدم الاعتراض عليه، وهو ما لا يتفق مع طبيعة الأحكام. وقد توسع القانون رقم ١٧٤ سنة ١٩٩٨ بتعديل قانون الإجراءات الجنائية فى الأخذ بالأوامر الجنائية[١].

والصفة القضائية فى شخص القائم بالعمل هى ركن مفترض لإضفاء الصفة القضائية على هذا العمل. فالعمل القضائى بوجه عام لابد لوجوده قانونا أن يصدر من قاض يباشر ولاية القضاء، فالقاضى هو شخص العمل القضائى. والنيابة العامة بوصفها جزءا من السلطة القضائية، تتسم أعمالها بأنها صادرة من إحدى جهات القضاء، ولكنها لا تتسم بطبيعة قضاء الحكم الدقيق. ومن ثم فإن اعتبار أعمال النيابة العامة ذات طبيعة قضائية لا يعنى بالضرورة إسباغ صفة الحكم عليها، فليست كل أعمال السلطة القضائية أعمالا فاصلة فى النزاع.

وخلافا لما نراه فيما سلف، فإن المحكمة العليا (التى كان لها اختصاص المحكمة الدستورية العليا)[٢] انتهت بناء على طلب تفسير مقدم من وزير العدل إلى أن الأمر القضائى الصادر من النيابة العامة هو بمثابة حكم قضائى على أساس أن الحكم الجنائى الذى توقع به العقوبة - وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من الدستور - هو الحكم الذى يصدر ممن أسند إليه الشارع ولاية القضاء فى المسائل الجنائية بشرط مراعاة ضمانات الدفاع المقررة، وأخصها التحقيق النهائى الذى تجريه المحكمة فى مواجهة المتهم بعد تمكنه من الحضور لإبداء دفاعه فى جلسة علنية إلا إذا رأت المحكمة - استثناءً - جعل الجلسة سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب. واعتبرت المحكمة العليا الأمر الجنائى بالعقوبة يدخل فى مفهوم الحكم القضائى على أساس أن النيابة جهة قضائية فى ضوء المادتين ٤١ و ٧٠ من الدستور، وقد خولها القانون لسرعة الفصل فى القضايا، الحق فى إصدار أوامر جنائية كفصل فى الدعاوى الجنائية البسيطة. وقد أحاط القانون هذه الأوامر بضمانات هى حق الاعتراض

---

(١) يلاحظ أن قانون الإجراءات الجنائية فى ضوء تعديله بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ قد جعل الأوامر الجنائية فى المخالفات وجوبيا مما يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى الجنائية فى المخالفات إذا رفعت بطريق التكليف بالحضور. على أن هذا الطريق يطبق فى حالة الاعتراض على الأمر الجنائى الصادر فى مخالفة، وبذلك يمكن التوفيق بين المادتين ٦٣، ٣٢٥ مكرر إجراءات.

(٢) المحكمة العليا فى أول إبريل سنة ١٩٧٨ فى الطلب رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية عليا (تفسير).

عليها. وفى هذه الحالة يسقط الأمر الجنائى المعترض عليه وتنظر الدعوى أمام المحكمة المختصة فى مواجهة بإجراءات عادية. ويلاحظ بادئ ذى بدء أن المحكمة العليا قد التجأت إلى تفسير المادة ٦٦ من الدستور بمناسبة طلب التفسير لا بمناسبة دعوى دستورية، وهو ما لا تملكه وفقا لقانونها الذى يحصر سلطتها فى تفسير التشريع بناء على طلب من وزير العدل، ولا تملك تفسير الدستور إلا بمناسبة ممارسة رقابتها الدستورية من خلال الدعوى الدستورية، وهو ما لم تفعله المحكمة العليا. ومن ثم، تنحسر عن هذا التفسير صفته الإلزامية(١).

وخلافا لهذا الحكم قضى المجلس الدستورى الفرنسى بعدم دستورية الأمر الجنائى «injonction pénale» الصادر من النيابة العامة المنصوص عليه فى المواد من ٤٨/ ١ إلى ٤٨/ ٧ من مشروع قانون الإجراءات الجنائية، والتى كانت تجيز لرئيس النيابة العامة إصدار أمر جنائى بمبلغ معين، أو بإلزام المتهم بالقيام - بغير مقابل - بأعمال معينة لصالح شخص معنوى عام أو لصالح جمعية ذات نفع عام لمدة لا تزيد على ٤٠ ساعة، وبتعويض المجنى عليه عن الضرر الذى تسبب فيه، أو بمصادرة الشىء الذى استخدم فى ارتكاب الجريمة أو كان معدا لارتكابها عدا الأشياء التى يمكن أن تكون محلا للمطالبة بردها. وكانت هذه النصوص تشترط لصدور الأمر الجنائى من رئيس النيابة إقرار المتهم بالوقائع المسندة إليه، وترتب على الأمر الجنائى انقضاء الدعوى الجنائية. وقد أسس المجلس الدستورى قراره على أساس أن موضوع هذا الأمر فرض جزاء لا يجوز تقريره إلا بحكم قضائى(٢)، باعتبار أن القضاء هو الحارس الطبيعى للحريات، وأنه ينطوى أيضا على الإخلال بحقوق الدفاع، وبمبدأ التوازن بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام، وبمبدأ (قرينة) البراءة. ولتفادى هذا العيب الدستورى استحدث المشرع الفرنسى شكلا جديدا للأوامر الجنائية يحمل اسم «la composition pénale» يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية بناء على طلب النيابة العامة. ويعد هذا الأمر من بدائل الدعوى الجنائية، ونظرا لما ينطوى عليه من جزاءات فقد اشترط القانون صدوره من قاض، كما

---

(١) انظر المحكمة الإدارية العليا فى ٩ إبريل سنة ١٩٩٧ فى الطعن رقم ٣٤٠/ ٢٣ قضائية إدارية عليا.
وانظر: دستورية عليا فى أول مارس سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ١ ص ٢٠٩.

(٢) Déc. no 95-360 du 2 févrıer 1995, Receuil, op. cit., p. 632.

اشترط لقبول اقتراح النيابة العامة إصدار هذا الأمر قبول المتهم عن إرادة حرة مبصرة، فلا يجوز هذا القبول فى أثناء احتجاز المتهم «garde á vue» (المادة ٤١-٢/ ٣ إجراءات فرنسى)[1].

إلا أن شرعية الأمر الجنائى فى مصر تستمد من كونه نوعا من عرض الصلح الجنائى إن شاء المتهم ارتضاه وسدد الغرامة ونحوها ، مما ورد فى هذه الأمر ، وإن لم يشأ له قبوله اعترض عليه أمام المحكمة ؛ وبمقتضى ذلك تباشر النيابة العامة الدعوى الجنائية أمام المحكمة طبقا للمادة ٣٢٧/ ٢ إجراءات . ومما يؤكد هذا النظر أن للمحامى العام ولرئيس النيابة ، حسب الأحوال ، سلطة إلغاء الأمر الجنائى الصادر من رئيس النيابة أو وكيل النيابة من الفئة الممتازة وهو ما لا يتصور إذا اعتبرنا الأمر الجنائى حكما قضائيا. ولهذا أحسن المشرع صنعا إذ نص فى الفقرة الأخيرة للمادة ٣٢٧ إجراءات المضافة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ على أنه لا يكون لما قضى به الأمر فى موضوع الدعوى الجنائية حجية أمام المحاكمة المدنية . وهذا النص يكشف طبيعة هذا الأمر وأنه ليس حكما يحوز أدنى حجية إيجابية حول الحقيقة ، فما هو إلا سبب لانقضاء الدعوى الجنائية بغير حكم . هذا ما لم يحدث اعتراض على الأمر الجنائى ، فيحاكم المتهم وفقا للإجراءات العادية للمحاكمة ، تؤدى إلى

---

(١) ويصدر هذا الأمر قبل رفع الدعوى الجنائية ، فإذا طلبته النيابة العامة أمام المحكمة الدعوى إلى حين انقضاء المهلة المحددة لتنفيذ هذا الأمر (المادة ٤١-٢/ ١ ، ٨ إجراءات) . ويقتصر هذا الأمر على جنح ومخالفات حددها القانون على سبيل الحصر . ويتضمن هذا الأمر أربعة تدابير هى : سداد غرامة للخزانة العامة ، والتخلى لمصلحة الدولة عن الشىء الذى استخدم فى ارتكاب الجريمة أو كان ثمرة لها ، وتسليم قلم كتاب المحكمة الابتدائية لمدة معينة ترخيص القيادة أو ترخيص الصيد، والقيام لمصلحة الجماعة بعمل دون أجر لمدة محددة (وهو ما يتم بموافقة المتهم كشرط لإصدار الأمر) . وبجانب هذه التدابير الأربعة يجب على النيابة العامة أن تقترح على المتهم فى مواد الجنح كذلك تعويض الضرر الذى تسببت فيه الجريمة ، وذلك خلال مدة لا تزيد على ستة أشهر . ويترتب على تنفيذ هذا الأمر la composition pénale انقضاء الدعوى الجنائية دون إخلال بحق المضرور من الجريمة فى رفع الدعوى المدنية أمام محكمة الجنح والمخالفات ، وفى هذه الحالة لا تفصل هذه المحكمة إلا فى الدعوى المدنية وحدها (المادة ٤١-٢/ ٩ إجراءات فرنسى) وتسترد النيابة العامة حريتها فى رفع الدعوى الجنائية إذا رفض المتهم اقتراحها بإصدار هذا الأمر أو رفض رئيس المحكمة الابتدائية إصداره أو رفض المتهم تنفيذ التدابير التى تضمنها الأمر . فإذا رفعت الدعوى الجنائية فى إحدى هذه الأحوال يجب أن تراعى المحكمة ما عسى أن يكون المتهم قد سدده ، وكذلك العمل الذى أداه بدون أجر (المادة ٤١-٢/ ٧ إجراءات فرنسى) وانظر فى الموضوع : Serge Guinchard et Jacque Buisson Procédue pénale, op. cit., pp. 502-506.

حكم جنائى له حجيته وفقا للقواعد العامة. وبناء على ذلك فإنه إذا قبل المتهم الأمر الجنائى بعدم اعتراضه فإنه لا يتحول إلى حكم قضائى، وبالتالى لا تعد الغرامة المقررة به عقوبة مالية، ولا يعد الأمر الجنائى سابقة فى العود.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا[1] أن النيابة العامة إذ تمارس سلطة التحقيق، لا تعد جهة قضاء، ولا هيئة ذات اختصاص قضائى فى تطبيق المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، ذلك أن المشرع يعنى فى هذا النص أن يكون النزاع مطروحا أمام جهتين من جهات الحكم تستمد كلتاهما ولاية القضاء من قانون محدد لاختصاصها مبين لإجراءات وضمانات التقاضى أمامها، ويصدر الحكم على أساس قاعدة قانونية حاسما للخصومة بحيث يعد عنوانا للحقيقة فيما قضى به متى حاز قوة الأمر المقضى. وليس هذا شأن النيابة العامة عند مباشرتها سلطة التحقيق، ذلك أن ما تجريه فى هذا الخصوص - وإن كان يعد عملا قضائيا - إلا أنه لا يجعل منها جهة من جهات الحكم التى تستقل وحدها بالفصل فى الدعوى الجنائية عند رفعها إليها.

---

(١) دستورية عليا فى ٣ مايو سنة ١٩٨٦ فى القضية رقم ١٠ لسنة ٤ قضائية «تنازع».

المبحث الثالث
تسبيب الأحكام

١٩٥ـ ماهيته

يثور البحث عما إذا كان تسبيب الأحكام يعد ضمانا دستوريا من ضمانات المحاكمة المنصفة، أو أنه يعد مجرد ضمان إضافى يدخل فى حدود السلطة التقديرية للمشرع.

يرتكز البحث عن أهمية هذا التسبيب. فإذا كان التسبيب مجرد ضمان للتحقق من قيام القضاة بواجباتهم من الناحية التنظيمية، فإنه يدخل فى إطار مبدأ الملاءمة، مما يعد من صميم السلطة التشريعية.

وواقع الأمر، أن جميع ضمانات المحاكمة المنصفة، لا دليل على احترامها إلا أسباب الحكم التى تكشف عن مدى التزام المحكمة بمراعاة هذه الضمانات. فهى المرآة الناصعة الجلية لمدى اتباع القواعد والإجراءات التى نص عليها القانون، ومدى احترام الضمانات التى أوجبها، ومدى حسن تطبيق المحكمة للقانون. فمن واجب القاضى أن يحدد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق دون أن يشغل نفسه ببحث مدى عدالتها داخل النظام القانونى، وعليه أن يطبق هذه القاعدة القانونية على الوقائع التى تثبت لديه من خلال محاكمة منصفة. على أن حكم القاضى يجب أن يكون نتاج منطق قضائى ينعكس فى أسباب الحكم، التى يجب أن تكشف سلامة تحديد القاضى لموضوع الدعوى وتكييف النزاع. ومن خلال هذا التسبيب تتحقق حماية أطراف الدعوى من تحكم القاضى لأنه مكلف أن يكشف فى أسباب حكمه علة قضائه والإجراءات التى انتهت به إلى هذا القضاء. فتبين أسباب الحكم العملية المنطقية للاستدلال القضائى «raisonnemnt de syllogisme judiciaire» التى أجرتها المحكمة، وتؤدى وظيفتها فى التبرير المنطقى للحكم. ومن خلال هذا التسبيب تظهر سائر العيوب التى تكشف عن عدم توافر المحاكمة المنصفة.

فبدون الأسباب الواضحة الكاملة المنطقية لا يمكن التحقق من قيام محاكمة منصفة، بغض النظر عن وجوب التحقق من صحة تطبيق القانون. فما قيمة الضمانات التى أوجبها الدستور وأكدها القانون ما لم يكفل القانون أداة تكشف مدى احترام هذه الضمانات؟ بل ما قيمة اشتراط حكم قضائى بالعقوبة، إذا لم تكن أسباب الحكم جزءا جوهريا فيه تكون دعامة لمنطوقه وكاشفة لصحيح بنيانه؟ لهذا عنى الدستور الإيطالى بأن ينص فى المادة ١١١/ ١ على أن كل الأعمال القضائية يجب أن تكون مسببة[١].

لقد ذهب البعض إلى اعتبار أسباب الحكم أساسا قانونيا له[٢]، بدونها لا يكون الحكم سليما من الناحية القانونية. وذهب البعض الآخر[٣] إلى أن الأسباب ضمان أولى وأكيد لحكمة وعدالة البراءة أو الإدانة. بينما ذهب فريق ثالث[٤] إلى أن أسباب الحكم هى ضمان لحيدة القضاء، لأنه بواسطتها يمكن مراقبة أفكار القاضى والبواعث التى أدت إليها. بينما ذهب فريق رابع[٥] إلى أن تسبيب الأحكام ينبنى على مبدأ علانية المحاكمة.

وواضح مما تقدم أن جميع الأسانيد التى قيل بها لتبرير تسبيب الحكم ترتكز على أهمية هذا التسبيب للتحقق من توافر بعض الضمانات الدستورية، سواء تعلقت بالمحاكمة المنصفة، أو بحياد القضاء.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن هذه الأسباب تتيح للمتهم حق الطعن على الحكم وإبداء دفاعه أمام محكمة الطعن. وعلى الرغم من أن توفير درجة ثانية للمحاكمة لا يعد ضمانا دستوريا، إلا أنه متى توافر حق الطعن لأحد الخصوم، أصبح بطريق غير مباشر ضمانا للخصم الآخر طبقا لمبدأ المساواة أمام القضاء[٦].

---

(١) انظر: Jean-Pierre Ancel, La rédaction de la décision de justice en France (juges et jugements: Europe plurielle, op cit., p. 98.

(٢) انظر: FAye; La cour de cassation, 1903, reproduction 1970, p. 1-16

(٣) Motulsky (H.); Le droit naturel dans la pratique jurisprudentille: le respect des droits de la défense en procédure civile, Mélanges Roubier, T. 2, Paris, Dalloz Sireys 1961, p. 175.

(٤) Damien Roets, Impartialeté et justice pénale, op. cit., p. 408

(٥) Merle et Vitu, ptocésure pénale, op. cit., no. 678.

(٦) انظر دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٦٤ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٨ فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨.

المبحث الرابع
عدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة واحدة

١٩٦ـ الأساس الدستورى

يعرف هذا الضمان باسم حجية الحكم الجنائى أمام القضاء الجنائى[١]. وقد نصت المادة ١٤/ ٧ من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية على أنه لا تجوز محاكمة أحد أو معاقبته مرة ثانية عن جريمة سبق أن صدر بشأنها حكم نهائى أو أفرج عنه فيها طبقا للقانون "Non bis In Idem"، ووفقا للإجراءات الجنائية للبلد المعنى. وتأكد هذا المعنى فى المادة ٨/ ٤ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان التى نصت على أنه متى حكم على شخص نهائيا بالإدانة أو حكم له نهائيا بالبراءة، طبقا للقانون فلا تجوز محاكمته ثانية عن الفعل نفسه مرة ثانية ولو تحت وصف آخر. وتأكد أيضا فى البروتوكول السابع للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وقد تأكد هذا الضمان فى فرنسا منذ دستور ١٧٩١ ونص عليه قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى (المادة ٦/ ١).

وقد تأكد هذا الضمان فى التعديل الخامس للدستور الأمريكى والذى نص على ضمان عدم جواز تعريض أى شخص لخطر العقاب مرتين عن الجريمة نفسها وهو ما يعرف بضمان الخطر المزدوج (Double Jeopardy). على أن المحكمة العليا الأمريكية اعتنقت فى حكمها الصادر بعد ذلك ما سمى بمعيار «Blackburg» الذى اعتبر أن هذا الضمان لا يحمى المتهم من توجيه الاتهام إليه مرة أخرى عن جريمة تحتوى على عنصر لم تتضمنه الجريمة السابقة[٢]. وأكدت المحكمة العليا الأمريكية

---

(١) وفقا لهذه الحجة يعد الحكم الجنائى البات عنوانا للحقيقة (res judicata pro veritate habetur) بناء على قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس، وهو ما يعرف باسم الوجه الإيجابى للحجية. وبجانبه يوجد وجه سلبى يتمثل فى عدم جواز محاكمة المتهم عن ذات الفعل مرة أخرى.

(٢) Blackburg V.U.S. 284 U.S. 299, 304 (1932).

وقد نص الدستور الألمانى على هذا الضمان (المادة ١٠٣/ ٣).

سنة ١٩٩٣ هذا المعيار واعتبرته أساسا لتحديد مدى شرعية الاتهامات اللاحقة للحكم[1]. ولا يغير من ذلك أن تكون عناصر الجريمة الجديدة قد تضمنتها الجريمة التى صدر بشأنها الحكم السابق، وهو ما يحدث دائما وفقا للقوانين الأمريكية Rico et CCE[2]. وهذا المبدأ ما لا يتفق مع قوة الأمر المقضى للحكم الجنائى طبقا لقانون الإجراءات الجنائية المصرى، حيث نصت المادة ٤٥٥ على أنه لا يجوز الرجوع إلى الدعوى الجنائية بعد الحكم فيها نهائيا بناء على ظهور أدلة جديدة أو ظروف جديدة أو بناء على تغير الوصف القانونى للجريمة.

وقد احتل هذا المبدأ تدريجيا مكانه كأحد أهم المبادئ التى تحمى حقوق الفرد. واهتمت نصوص الاتفاقيات الدولية بإيراده، وأصبح من المبادئ المسلم بها فى كل من قانون العقوبات الداخلى وقانون العقوبات الدولى.

وعلى الرغم من أن هذا الضمان قد تضمنته المادة ٤٥٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى التى نصت على أنه تنقضى الدعوى الجنائية بالنسبة للمتهم المرفوعة عليه والوقائع المستندة إليه بصدور حكم نهائى فيها بالبراءة أو بالإدانة، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد رفعته إلى مصاف المبادئ الدستورية، فقد قضت بأن مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد وإن لم يرد صراحة فى الدستور إلا أنه يعد جزءا من الحقوق الوثيقة الصلة بالحرية الشخصية، ويعد من الحقوق التى يعد التسليم بها فى الدول الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية[3]، وقد كان من ضمن ما استندت إليه المحكمة الدستورية العليا فى

---

(١) U.S.V. Dixon, 509 U.S. 688, 710 (1993).
وانظر حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضة U.S.V. Felix, 503 U. S. 378 (1992) فى قضية مؤداها أن شخصا أدين للشروع فى الاتجار فى مواد غير مشروعة ثم اتهم بعد ذلك فى التآمر لارتكاب هذه الجريمة اعتمادا على سبق إدانته، فقضت المحكمة العليا بجواز ذلك وأن ضمان الخطر المزدوج لا يحول دون اتهام الشخص عن جريمتين مختلفتين فى الزمان والمكان.

(٢) Blakesley; Rapport Général Les systemes de justice criminelle face au défi du crime organisé, Revue Internationale de droit pénale 69 année érés, . 63.

(٣) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢ (العدد ٤)، ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ (العدد ٢)، ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٩٥ (العدد ٣٥)، ٢٢ مارس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٣ إبريل سنة ١٩٩٧ (العدد ١٤)، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ (العدد ٢٩).

قضائها بعدم دستورية المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهم وبسقوط أحكام المواد المرتبطة بها، قول المحكمة باعتبار المتهم مشتبها فيه بناء على جرائمه السابقة واعتبار سوابقه دافعة لحاضره، أن ذلك «ينطوى على معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد، فقد حوكم عن جرائمه السابقة جميعها وتم استيفاء عقوبة كل منها، وليس ثمة جريمة أخرى قارفها - قوامها فعل أو امتناع - حتى تقام الدعوى الجنائية عنها، وإنما تحركها حالته الخطرة التى افترض المشرع ارتكازها على سوابقه ورتبتها عليها»(١).

وواقع الأمر، أن عدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة سوف يحول دون تعريضه لعدة عقوبات بسبب ارتكاب هذا الفعل، الأمر الذى يتعارض مع مبدأ التناسب فى العقاب. ولهذا، فإن هذا الضمان يرتكز فى ذات الوقت على تأسيس التجريم والعقاب على مبدأ الضرورة والتناسب(٢). وهو ما سبق أن أوضحناه عند عرض الضمانات الدستورية فى قانون العقوبات.

ويتطلب احترام مبدأ التناسب فى العقوبات مراعاة عدم تعدد العقوبات دون حدود إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة (حالة التعدد المعنوى)، أو وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة (حالة التعدد المادى). وقد واجه المشرع المصرى هاتين الحالتين بالمادة ٣٢ عقوبات، فنص على أن يكون الحكم بالعقوبة المقررة لأشد الجرائم. بل راعى المشرع المصرى مبدأ التناسب عند تعدد العقوبات فنص فى المادة ٣٦ عقوبات على أنه إذا ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه من أجل واحدة منها وجب ألا تزيد مدة الأشغال الشاقة المؤقتة على عشرين سنة ولو فى حالة تعدد العقوبات، وألا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس على عشرين سنة، وألا تزيد مدة الحبس وحده على ست سنين.

---

(١) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣، (العدد ٢).

(٢) انظر:

Michel Pralus, A propos de la regle non bis In Idem, Valeur en droit interne de l'un de ses aspets: Non bis? (Archives de politique criminelle, No. 18, 1996, p.51).

وانظر فى هذا المعنى المجلس الدستورى الفرنسى:

Dc du 12 Janvier 1989 no. 88 - 249, Recueil de juris. const. (1959 - 1993), p.345.

وكل ذلك يكشف عن مدى تطبيق مبدأ التناسب فى العقوبات فيما قرره المشرع من حدود لما يتعرض له المتهم عند محاكمته عن فعل واحد ولو كوّن بذاته جرائم متعددة، أو عن مجموعة أفعال تكون جرائم متعددة طالما أنه قد ارتكبها قبل الحكم عليه من أجل واحدة. فالتناسب فى العقاب ضابط يجب مراعاته طالما لم يصدر عن الشخص الذى ارتكب جرائم متعددة قبل ارتكابها حكم بات عليه من أجل واحدة منها. وبالتالى، يبدو الارتباط وثيقا بين هذا الضمان فى المحاكمة المنصفة وتناسب العقوبات.

١٩٧ـ مجال الضمان

يقتصر مجال هذا الضمان على حالة مخالفة الفعل لنظام قانونى واحد، فلا مجال له إذا خالف بالإضافة إلى النظام الجنائى النظام المدنى أو النظام التأديبى؛ فكل من هذه الأنظمة له جزاءاته التى يعرفها القانون. ومع ذلك، فإنه فى نطاق الجزاء التأديبى تراعى مبادئ المحاكمة المنصفة التى تتطلب عدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة واحدة، فضلا عن أهمية تناسب العقاب التأديبى مع الفعل[١]. وخلافا لذلك اتجهت كل من لجنة ومحكمة حقوق الإنسان الأوروبية إلى أن مبدأ عدم جواز محاكمة المتهم أكثر من مرة واحدة عن فعل واحد المنصوص عليه فى بروتوكول الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (المادة ٤/ ١ من البروتوكول السابع) يتطلب عدم جواز محاكمة المتهم وإدانته من جديد عن نفس وقائع الجريمة ولو أمام محكمة تأديبية[٢]. وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية تماما الأخذ بهذا الاتجاه[٣].

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن إلزام صاحب العمل فى حالة تأخره عن

(١) انظر المجلس الدستورى الفرنسى:
88 - 249 Dc du 12 Janvier 1989, Recueil jur. const (1959 - 1993), p.345.
89 - 260 Dc du 28 Juillet 1989, Recueil jur. const (1959 - 1993), p.365.

(٢) انظر قرار اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان فى ١٩ مايو سنة ١٩٩٤ و ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٩٥ مشارا إليه فى مقال:
Serge Guinchard, Le procés équitable, Actualité juridique, Juillet - Août 1998, p. 195.

(٣) Cass. Crim. 20 Juin 1996, Dalloz 1997, p. 244, not Trixier et lamulle.

سداد مبالغ التأمين، بأداء مبلغ إضافى، بالإضافة إلى إلزامهم بأداء خمسين بالمائة من قيمة الاشتراكات المتأخرة، يعد توقيعا لأكثر من جزاء على فعل واحد، منافيا لضوابط العدالة التى يجب أن يقوم عليها النظام التأمينى فى الدولة(١). وقد قضت المحكم الدستورية الأسبانية أن قرار الجهة الإدارية بفرض غرامة إدارية على الشخص (وهو أمر جائز فى النظام الأسبانى) يحول دون محاكمته جنائيا عن نفس الفعل. وقد اعترض على هذا الحكم بعض قضاة المحكمة الدستورية، وأوردوا تسبيبا لاعتراضهم أن الجزاء الإدارى يرد بسبب ارتكاب الفعل دون ترخيص، بخلاف الجزاء الجنائى فإنه يوقع بسبب أن الفعل يعرض الصحة للخطر أو يحيق بها الضرر(٢).

كما يتحدد مجال هذا الضمان بالمحاكمة بالمعنى الضيق لا المحاكمة بمعناها الواسع التى تشمل التحقيق الابتدائى. فالحجية التى تحوزها الأوامر الصادرة فى التحقيق الابتدائى لها طابع خاص، لأن الأوامر النهائية(٣) الصادرة بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية لا تمنع من العودة إلى التحقيق إذا ظهرت أدلة جديدة طبقا للمادة ١٩٧ (المادة ٢١٣ إجراءات). فإذا لم تظهر أدلة من هذا النوع تؤثر سلبا فى الأسباب التى بنى عليها الأمر بألا وجه لإقامة الدعوى، لا يجوز محاكمة المتهم عن ذات الفعل الذى صدر بشأنه الأمر ولو بناء على وصف جديد. وننبه إلى أن استبعاد النيابة العامة لأحد الأوصاف فى أثناء التحقيق لا يعد أمرا بألا وجه بالنسبة للفعل المنسوب إلى المتهم، وإنما نكون حيال تعديل فى وصف التهمة يخضع لرقابة المحكمة. وبالنسبة لأوامر الإحالة إلى المحكمة، فلا تتمتع بأية حجية، ويقتصر أثرها على دخول القضية حوزة المحكمة بصفة وجوبية، فلا تملك النيابة العامة إعادة التصرف فى التحقيق على نحو مغاير لذلك(٤). إلا أن أمر الإحالة لا يقيد المحكمة

---

(١) دستورية عليا فى ٣ يونية سنة ٢٠٠٠ القضية رقم ٢١ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية».

(٢) انظر الحكم الصادر فى ١١ أكتوبر مشارا إليه فى: Annuaire International de la justice constitutionnelle, 1999, p 320.

(٣) وتكون نهائية إذا لم يقرر النائب العام إلغاءها فى مدة ثلاثة الأشهر التالية لصدورها طبقا للمادة ٢١١ إجراءات، أو لم تقرر غرفة المشورة إلغاءها طبقا للمادة ٢١٠ إجراءات.

(٤) فلا تملك النيابة العامة إصدار أمر إحالة جديدة بوصف جديد للتهمة، وكل ما لها أن تطلب من المحكمة تعديل وصف التهمة. وطبقا للمادة ٢١٤ مكررا إذا صدر بعد صدور الأمر بالإحالة ما يستوجب إجراء تحقيقات تكميلية فعلى النيابة العامة أن تقوم بإجرائها وتقدم المحضر إلى المحكمة.

التى تملك كامل الحرية فى تقدير أدلة الدعوى، وفى تكييف وقائعها، فضلا عن حريتها فى بحث شروط قبول الدعوى واختصاصها بنظرها وفقا للقانون. فضلا عن سلطة محكمة الجنايات فى التصدى لوقائع جديدة أو متهمين جدد طبقا للمادة ١١ إجراءات. وننبه إلى أن التصدى للوقائع الجديدة يتجاوز مجرد الأوصاف الجديدة للواقعة المحالة إلى المحكمة بمقتضى أمر الإحالة، لأن تغيير وصف التهمة يدخل فى صلاحيات المحكمة ولا يعد تصديا لواقعة جديدة.

المبحث الخامس
ضمان تنفيذ الحكم

١٩٨ـ تنفيذ الحكم كمرحلة فى المحاكمة المنصفة

الأصل أن تنفيذ الحكم الجنائى يرتبط بالمصلحة العامة التى تتوقف على اقتضاء الدولة حقها فى العقاب. إلا أن تحقيق هذا الهدف تتوقف عليه أيضا حماية حقوق وحريات المجنى عليهم التى تكفلها قواعد التجريم والعقاب. هذا بالإضافة إلى حقوق المدعى المدنى فى الدعوى المدنية التبعية التى تخضع للإجراءات الجنائية.

وتتحقق حماية كل من حقوق وحريات المجنى عليه والمدعى بالحق المدنى بتوفير المحاكمة المنصفة التى لا تكتمل ما لم توفر الدولة فى نهاية مطافها حلا منصفا هو - كما قالت المحكمة الدستورية العليا[1] - اقتضاء منفعة يقررها القانون، وذلك على أساس أنه إذا كانت الوسائل القضائية المتاحة لا توفر الحماية اللازمة لصون الحقوق، فلا طائل من وراء حق التقاضى.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن حق التقاضى لا تكتمل مقوماته ما لم توفر الدولة للخصومة فى نهاية مطافها حلا منصفا يمثل التسوية التى يعمد من يطلبها إلى الحصول عليها بوصفها الترضية القضائية التى يسعى إليها لمواجهة الإخلال بالحقوق التى يدعيها، وقضت بأن الامتناع عن تنفيذ الترضية القضائية (أى حكم المحكمة) أو عرقلة هذا التنفيذ أو تعطيله بعمل تشريعى، يعد عدوانا من السلطة التشريعية على الولاية الثابتة للسلطة القضائية[2].

---

(١) دستورية عليا فى ١٣ إبريل سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى)، القاعدة رقم ٢١ جـ ٢٤١.

(٢) دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٨ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، وفى هذا الحكم قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية عجز الفقرة الثانية من البند (ب) من المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فيما نص عليه من أنه «يشترط أن يتم التنفيذ فى مواجهة المستأجر» على أساس أن النص المذكور عطّل الآثار القانونية لحكم الطرد لأنه جعل تنفيذه رهنا بإرادة المستأجر.

كما قضت بعدم الاعتداد بالحكم الصادر من المحكمة إذا أصبح عقبة مادية تعوق تنفيذ الحكم الصادر فى المسألة الدستورية(١).

وقضت بأن الترضية القضائية التى لا تقترن بوسائل تنفيذها لحمل الملزمين بها على الرضوخ لها، تغدو وهما وسرابا، وتفقد قيمتها عملا، بما يؤول إلى تجريدها من قوة نفاذها، وإهدار الحقوق التى كفلتها، وتعطيل دور السلطة القضائية فى مجال تأمينها، وإفراغ حق اللجوء إليها من كل مضمون(٢).

---

(١) دستورية عليا فى ٤ أغسطس سنة ٢٠٠١ فى القضية رقم ٣ لسنة ٢١ قضائية «منازعة تنفيذ» وتتمثل وقائع هذه القضية فى أن المدعية كانت تشغل وظيفة وكيل نيابة بهيئة النيابة الإدارية، ثم صدر قرار مجلس الصلاحية بالهيئة بنقلها إلى وظيفة غير قضائية، فطعنت فى هذا القرار أمام المحكمة الإدارية العليا التى قضت برفض طعنها، فأقامت طعنا آخر تمثل فى دعوى بطلان أصلية أمام المحكمة الإدارية العليا ابتغاء القضاء ببطلان ذلك الحكم أمام ذات المحكمة التى تراءت لها مخالفة بعض نصوص قانون هيئة النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية للدستور، فأوقفت المحكمة الدعوى وأحالت المسألة الدستورية المثارة إلى المحكمة الدستورية العليا، فقضت هذه المحكمة فى ٥/ ١٢/ ١٩٩٨ فى القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية» بعدم دستورية بعض نصوص هذا القانون، ولما نظرت المحكمة الإدارية العليا الدعوى الموضوعية قضت فى ٢٧/ ٩/ ١٩٩٩ برفضها تأسيسا على أن الحكم بعدم الدستورية لا ينسحب أثره على المدعية بعد أن استقر مركزها القانونى بالحكم المطلوب إبطاله، مما دفع المدعية إلى إقامة دعوى بطلب التفسير أمام المحكمة الدستورية العليا، فأعطتها المحكمة تكييفها القانونى الصحيح واعتبرتها منازعة فى تنفيذ حكم طبقا للمادة ٥٠ من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم الاعتداد بحكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ٢٧/ ٩/ ١٩٩٩ بحسبانه عقبة مادية أعاقت تنفيذ الحكم الصادر فى المسألة الدستورية. ومن أهم المبادئ التى سجلها هذا الحكم أن المحكمة الإدارية العليا فى دعوى البطلان الأصلية بعد أن غضت طرفها عن حكمها السابق برفض الطعن حين أوقفت دعوى البطلان الأصلية وأحالت أوراقها إلى المحكمة الدستورية العليا ـ قد فعلت ذلك حتى تحدد المحكمة الإدارية العليا نصيب حكمها ذاك من الصحة والبطلان، فلا يجوز بعد ذلك «أن تنقض المحكمة المحلية غزلها بيدها، أو أن تحرم المدعية ـ دون الناس كافة ـ من قطف ثمرة استعمالها حقها الدستورى فى اللجوء إلى القضاء، وإلا استحال هذا الحق لغوا، ولغدت الإحالة من محكمة الموضوع إلى هذه المحكمة بدورها عبثا». ويثير هذا الحكم الدستورى مسألتين هما: مدى جواز رفع دعوى البطلان الأصلية ومؤدى الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا، وهل تعنى صدور حكم بات قطعى بقبول الدعوى الدعوى، مما لا يجوز معه إعادة بحث مدى قبولها من جديد؛ والتزام المحكمة الإدارية العليا بعد ذلك بالفصل فى موضوع دعوى البطلان الأصلية وفقا للمبادئ التى أرستها المحكمة الدستورية. ومن ناحية أخرى، فإنه يثور البحث بعد ذلك عن الخطوة القانونية اللاحقة على صدور حكم المحكمة الدستورية فى ٤ أغسطس سنة ٢٠٠١ حتى تجنى المدعية ثمار دعواها.

(٢) دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، جـ٧ ص ٣١٨، ٤ من إبريل سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٢٧ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١٦ فى ١٦ من إبريل سنة ١٩٩٨، ١١ مارس سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ٥٥ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١٥ فى ٢٠ مارس سنة ٢٠٠٠.

وفى هذا المعنى قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن تنفيذ الحكم أيا كانت المحكمة التى أصدرته، يجب أن يعد جزءا مندمجا فى الخصومة بالمعنى المقصود فى المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (التى تكفل الحق فى المحاكمة المنصفة)[١].

وقد عنى القانون الفرنسى الصادر فى ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ بإجازة الطعن أمام المحكمة فى معظم قرارات قاضى تنفيذ العقوبات. وعلق البعض على ذلك التعديل بأنه ينطوى على جعل مرحة التنفيذ جزءا من الخصومة الجنائية[٢].

١٩٩ـ الضمانات الواجب توافرها عند تنفيذ العقوبة

يثير اعتبار تنفيذ العقوبة مرحلة فى المحاكمة المنصفة تساؤلا حول مدى اشتراط أن يكون هذا التنفيذ تحت إشراف القضاء. وقد استحدثت بعض التشريعات نظام قاضى تطبيق العقوبة (juge de l'application des peines) ومن قبيل ذلك قانون الإجراءات الفرنسى سنة ١٩٥٨ والقانون الإيطالى سنة ١٩٧٥ ويختص هذا القاضى بالإشراف على تنفيذ العقوبات سواء ما يتم داخل السجن أو خارجه.

ووفقا للقانون الفرنسى يجوز للمحكوم عليه الطعن أمام محكمة الجنح على بعض قرارات قاضى تطبيق العقوبات (قاضى التنفيذ) ويجوز له استئناف بعض قراراته أمام محكمة الاستئناف، ويجوز للنيابة العامة الطعن فى قرارات هذا القاضى بما فى ذلك القرارات التى لا يملك المحكوم عليه الطعن عليها، مما أدى بالبعض إلى اعتبار ذلك إخلالا بمبدأ المساواة فى الأسلحة، واقتراح تحقيق هذه المساواة حتى لا يعد القانون الفرنسى مخالفا للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[١].

وفى إيطاليا قضت المحكمة الدستورية الإيطالية فى ١١ فبراير سنة ١٩٩٩ بأن نص القانون (رقم ٣٥٤ الصادر فى ٢٦ يولية سنة ١٩٧٥ بشأن النظام العقابى وتنفيذ

---

(١) CEDH. 19 Mars 1997: JZP 1997. 11. 22949.

(٢) Christine Lazerges, op cit., Rev. sc. crim. 2001, p. 23.

(٣) انظر هذا الرأى فى مؤلف:
Serge Guinchard et Jacque Buisson, Procédure pénale, 2000, p. 229.

التدابير السالبة والمقيدة للحرية) الذى يقيد حق المحكوم عليه فى الالتجاء إلى قاضى تطبيق العقوبات للطعن فى قرارات الإدارة العقابية وقصره على عدد محدود منها هى الجزاءات التأديبية والتدابير التى تمس ممارسة العمل، يعد مخالفا لحقه فى الالتجاء إلى القضاء لحماية حقوقه دون تمييز بين الحقوق التى يحميها الدستور، وتلك التى يحميها التشريع، الأمر الذى يوجب على المشرع التدخل لإصلاح هذا الإغفال التشريعى المخالف للدستور. وقد اقتصرت المحكمة الدستورية الإيطالية فى هذا الحكم على مجرد إعلان عدم دستورية هذا الإغفال وأهابت بالمشرع أن يمارس وظيفته التشريعية لتطبيق المبادئ التى نص عليها الدستور[1].

٢٠٠ـ الضمانات الدستورية لتنفيذ العقوبة فى مصر

يوجب اعتبار تنفيذ العقوبة مرحلة فى المحاكمة المنصفة فتح باب الطعن فى قرارات الإدارة العقابية (المختصة بتنفيذ الأحكام) أمام قاض ينشأ لهذا الغرض، ولا يكفى فى هذا الشأن فتح باب الإشكال فى التنفيذ (المواد ٥٢٤ إلى ٥٢٧ إجراءات) لأنه يقتصر على منازعات التنفيذ التى تهدف إلى عدم إتمامه، ولا تتعلق بإجراءات التنفيذ ذاتها بعد البدء فيها.

وقد نص الدستور المصرى صراحة فى المادة ٤٢ على ضمانات يجب مراعاتها عند تنفيذ العقوبات المقيدة للحرية، وهى المعاملة التى تحفظ كرامة الإنسان، وعدم إيذائه بدنيا أو معنويا، وعدم جواز حجزه أو حبسه فى غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون.

ولما كانت المحكمة الدستورية العليا فى مقام تحديدها للحقوق والحريات المحمية بالدستور، قد وسعت من نطاقها لكى تشمل الحد الأدنى من الحقوق والحريات المحمية فى الدول الديمقراطية؛ فإن قواعد الحق الأدنى فى لمعاملة المسجونين التى أقرتها الأمم المتحدة تمثل إطارا للحماية الدستورية لحقوقهم، والتى لا يجوز التفريط فيها لتحقيق محاكمة منصفة فى مرحلة التنفيذ.

---

(١) القضية رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٩. انظر الحكم مشارا إليه فى Annuaire Internationale de la justice constitutionnelle, 1999, p. 709-712.

الفصل الرابع
الرقابة القضائية على احترام ضمانات المحاكمة (المنصفة)

٢٠١ـ فكرة عامة

بيّنا فيما تقدم الضمانات الدستورية للمحاكمة المنصفة . ونعرض فيما يلى للضمان القضائى فى الرقابة على احترام ضمانات المحاكمة القانونية (المنصفة) لكفالة فاعليتها ، وتتمثل هذه الرقابة فى إحدى صورتين :

١ـ الرقابة على صحة الإجراءات للتحقق من احترام الضمانات .

٢ـ تعدد درجات التقاضى .

فالضمان القضائى بوجه عام يتمثل فى الرقابة على مشروعية الإجراءات الجنائية ، ذلك أن انتقال الشرعية من نطاق النظرية إلى مجال التطبيق هو الضمان الأكيد لفاعليتها . فما قيمة الشرعية التى تعبر عنها نصوص الدستور والقانون إذا لم تكن هذه النصوص تتمتع بقوة الإلزام وتخضع لها السلطة التى تباشر الإجراءات الجنائية؟ وأين سيادة القانون إذا أمكن للسلطة أن تعلو على القانون وتباشر الإجراءات كما تريد؟ إن الرقابة القضائية فى هذه الإجراءات هى التى تكشف فاعلية نصوص القانون ، وبها يتأكد مبدأ المشروعية ، باعتبار أن القضاء هو الركن الركين لسيادة القانون . لهذا كانت الرقابة القضائية على تطبيق المحاكمة المنصفة وجها فعالا للضمان القضائى ، باعتبار أن هذه الرقابة ليست إلا وجها آخر للقوة الإلزامية للضمانات . فالمباشرة القضائية للمحاكمة هى من أجل ضمان مشروعيتها ، ولكن هذه المباشرة قد لا تحترم ضمانات المحاكمة المنصفة . ولذلك ، فإن الرقابة القضائية لها أكبر الأثر فى ضمان المشروعية .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن استيثاق المحكمة من مراعاة القواعد

المنصفة عند فصلها فى الاتهام الجنائى وهيمنتها على إجراءات الدعوى الجنائية، لا يعدو أن يكون ضمانة أولية لعدم المساس بالحرية الشخصية - التى كفلها الدستور لكل مواطن - بغير الوسائل القانونية المتوافقة مع أحكامه[1] .

وتنقسم الرقابة القضائية على الإجراءات إلى نوعين :

١ـ الرقابة على صحة الإجراءات الجنائية.

٢ـ رقابة الطعن على الأحكام.

ونبحث فيما يلى كلا من هذين النوعين .

---

(١) دستورية عليا فى ٢ فبراير سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ص ١٨٥ ، ١٦ نوفمبر سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٧ ص ٢٦٢ ، ٦ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد رقم ٢٩ فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ .

المبحث الأول

الرقابة على صحة الإجراءات الجنائية

٢٠٢- نطاق الرقابة

بيّنا فيما تقدم أن مدلول المحاكمة القانونية ينصرف إلى مجموعة من الإجراءات التى تتم بها الخصومة الجنائية فى إطار من حماية الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات المتعلقة بها، والتى تكون فى مجمعها ضمانات مهمة فى المحاكمة القانونية.

ومن ثم فإن المحاكمة المنصفة لا تقتصر على مجرد إجراءات المحاكمة، بل تمتد إلى ما يسبق المحاكمة من إجراءات تطرح أدلتها على بساط البحث فى المحكمة.

لهذا، فإن رقابة القضاء تمتد إلى الإجراءات سواء كانت سابقة على المحاكمة أو كانت جزءا من المحاكمة ذاتها هى، وذلك باعتبار أن الأدلة المنبثقة من الإجراءات السابقة على المحاكمة تعد بحكم عرضها على المحكمة وخضوعها بتقديرها جزءا من ملف الدعوى.

٢٠٣- الجزاء الإجرائى كأداة للرقابة القضائية

تعتمد الرقابة القضائية على سلطة القضاء فى إلغاء الإجراء المخالف للقانون.

ويتمثل هذا الإلغاء فى الجزاء الذى يرد على الإجراء غير المشروع فيهدر آثاره القانونية، فيعبر بذلك عن الطبيعة الإلزامية للقاعدة الإرجائية، والقضاء فى توقيعه لهذا الجزاء يمنح هذه القاعدة فاعليتها وقوتها، وهذه هى وظيفة السلطة القضائية فى إعطاء القاعلية لقواعد القانون التى تضعها السلطة التشريعية. ويتميز الجزاء الجنائى بوصفه أحد مظاهر الطبيعة الإلزامية للقاعدة الإجرائية عن الجزاءات الأخرى غير الإجرائية التى قد تترتب على مخالفة الإجراءات الجنائية؛ وهى إما عقوبات تترتب على المخالفات الإجرائية التى يجرمها القانون، مثل القبض على

الأشخاص ودخول المنازل بدون وجه حق (المادتان ١٢٨ و ٢٨٠ عقوبات)، أو الامتناع عن الشهادة أو عن حلف اليمين (المواد ١١٧ و١١٩ و١٢١ و٢٧٩ و٢٨٠/ ٢ و٢٨٤ إجراءات)، أو جزاءات تأديبية توقع على الموظفين العموميين وغيرهم من أصحاب المهن المساعدة للقضاء كالمحامين والخبراء. وفى هذه الأحوال توقع الجزاءات غير الإجرائية بعيدا عن مجال الرقابة القضائية على الإجراءات.

هذا بخلاف الجزاء الجنائى، فإنه يعد وسيلة هذه الرقابة، فبه يمارس القضاء إشرافه على مشروعية الإجراءات الجنائية، وهو أكثر الجزاءات فاعلية كنتيجة تترتب على مخالفة الضمانات؛ لأنه يفسد على المخالف قصده فيهدر الدليل الذى يسعى إليه من وراء إهدار الضمانات. ويتخذ الجزاء الإجرائى بوصفه وسيلة للرقابة القضائية صورة البطلان. وهو يحمى فى ذلك الحرية الشخصية التى جاءت الشرعية الإجرائية لكفالة احترامها.

ويتميز البطلان عن الأشكال الأخرى من الجزاءات، وهى عدم القبول والسقوط وعدم الاختصاص. وتبدو أهمية البطلان بوجه خاص فى مجال الإثبات، ذلك أنه من خلال إجراءات المحاكمة يطرح الدليل أيا كان مصدره، وهو ما لا يجوز قبوله إلا إذا كان مشروعا، أى مطابقا للضمانات التى أوجبها القانون.

وقد بينا أن المشرع يوازن بين المصلحة العامة (فاعلية العدالة الجنائية) وبين حماية الحقوق والحريات، ومن خلال هذا التوازن تبرز الضمانات التى يقررها القانون. وكل إجراء جنائى يسمح به القانون يجب أن يكون مقيدا بهذه الضمانات وإلا كان باطلا.

وقد رأينا أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر قد أكدت أن ضمانات المحاكمة المنصفة وثيقة الصلة بالحقوق والحريات، وتتوخى الأسس التى يقوم عليها صونا لكرامة الإنسان وحماية لحقوقه، وتعتمد على قيم تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية.

ولا تناقض بين فاعلية العدالة الجنائية وحماية الحقوق والحريات كهدفين للإجراءات الجنائية، وذلك أن فاعلية العدالة الجنائية تتوقف على كشف الحقيقة، وهو أمر يعتمد إثباته على دليل مشروع، أى دليل يستخلص من إجراءات تحترم فيها الضمانات.

ومن ناحية أخرى، يجب التنبيه إلى عدم جواز الخلط بين الضمانات الإجرائية التي تكفل المحاكمة المنصفة، وبين الضمانات التنفيذية التي ترد على سبيل التوجيه والإرشاد في القواعد الإجرائية بغية تحقيق أهداف إدارية بحتة، مثل مخالفة إجراءات تحريز الأشياء المضبوطة، فهذه الأخيرة لا يترتب على مخالفتها البطلان.

٢٠٤ـ علاقة المشروعية بين الحكم بالإدانة والإجراءات التي بني عليها

يعتمد الحكم الصادر بالإدانة على مجموعة من الإجراءات الجنائية تؤدي إلى هذا الحكم، أخصها أدلة الإدانة التي ولدت اليقين القضائي بالإدانة. ويتوقف هذا الاعتماد على ما نسميه بعلاقة المشروعية بين الحكم والإجراءات التي بني عليه. وتعد هذه العلاقة أساسا قانونيا للحكم.

ويدق البحث إذا ما شابت الإجراءات التي بنى عليها الحكم عيوب تؤدي إلى عدم مشروعيتها، أي إلى بطلانها. ويتوقف الحل على حسم عدة أمور تتمثل في كل من المقصود بالمشروعية الإجرائية، وأسباب عدم المشروعية، ورابطة السببية بين عدم مشروعية الإجراءات والحكم الصادر بالإدانة.

هذه محاور ثلاثة يتعين استجلاؤها ابتداء لتحديد علاقة المشروعية بين الحكم الصادر بالإدانة والإجراءات التي بنى عليها.

أما الحكم الصادر بالبراءة، فإنه لا يتطلب توافر علاقة المشروعية بينه وبين الإجراءات التي بنى عليها، وذلك على أساس أن الأصل في المتهم البراءة. مما مقتضاه أن الحكم الصادر بالبراءة لا يعتبر مناقضا لأصل عام لا يحتاج إثباته إلى دليل، مشروعا كان أو غير مشروع. ويتحقق ذلك عندما يكون الحكم الصادر بالبراءة مبنيا على أدلة غير مشروعة[1] مثل تسجيل المحادثات الشخصية بغير إذن قضائي. ففي هذه الحالة لا تؤثر عدم مشروعية الأدلة على صحة الحكم بالبراءة.

---

(١) انظر مؤلفنا في النقض في المواد الجنائية، طبعة ١٩٩٧ ص ٢٩٢. نقض ٢٥ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة الأحكام س ١٦ رقم ٢١ ص ٨٧، نقض ٣١ يناير سنة ١٩٦٧ س ١٨ رقم ٢٤ ص ١٢٨، ١٥ فبراير سنة ١٩٨٤ س ٣٥ ص ١٥٣. قارن عكس ذلك الدكتور رءوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٧٦ ص ٦٧٨ و٦٧٩. وقارن المرحوم اللواء دكتور سامي الحسيني، النظرية العامة للتفتيش، رسالة دكتوراه سنة ١٩٧٢ ص ٤٦٩ وما بعدها.

وفيما يأتى نستجلى هذه الأمور الثلاثة التى تمثل فى مجموعها مقطع النزاع فى تحديد علاقة المشروعية بين الحكم بالإدانة والإجراءات التى بنى عليها .

٢٠٥- (أولا) المشروعية الإجرائية

شرعت كل قاعدة إجرائية يترتب على مخالفتها البطلان من أجل حماية الحقوق والحريات التى يتمتع بها أطراف الخصومة الجنائية . ويستوى فى ذلك أن يكون الدستور أو التشريع مصدرا لهذه الحقوق والحريات

وترتبط فكرة البطلان كل الارتباط بتحقيق الفاعلية للعدالة الجنائية ، وفى ضمان الحقوق والحريات . فبهذين الهدفين تتبلور الغاية من القاعدة الإجرائية ، وتتحدد المصلحة المحمية . وتتمثل الغاية من القاعدة الإجرائية فى التوازن بين فاعلية العدالة الجنائية وحماية الحقوق والحريات ، ولقد رأينا أن الشرعية الدستورية للإجراءات الجنائية تقوم على مجموعة من الضمانات التى تحمى الحقوق والحريات فى ضوء ما أكدته المحكمة الدستورية العليا من أن النصوص التشريعية يجب أن تراعى الحدود الدنيا المقبولة فى الدول الديمقراطية فيما يتعلق باحترام حقوق الإنسان[١] .

فالاحتياجات الحقيقية للعدالة لا يمكن أن تتوافر إلا باحترام الحقوق والحريات التى تصاغ لحمايتها مبادئ الشرعية الدستورية فى الإجراءات الجنائية .

ولا تعارض بين فاعلية العدالة الجنائية واحترام الحقوق والحريات ، لأن ضمانات هذه الفاعلية هى بذاتها ضمانات الحقوق والحريات . والواقع ، فإن فاعلية العدالة الجنائية ترتبط بالضمان القضائى الذى هو من عناصر الشرعية الدستورية للسهر على احترام ضمانات المحاكمة القانونية (المنصفة) التى هى نتيجة لازمة لأصل البراءة . ومن هنا ، حق القول بأن فاعلية العدالة الجنائية والدولة القانونية لا يمكن تحقيقها بغير احترام ضمانات الحقوق والحريات ، فالاثنان وجهان لعملة واحدة ، ولا مجال للحديث عن عدالة جنائية فعالة إلا إذا لازمها فى ذات الوقت احترام لضمانات الحقوق والحريات .

---

(١) انظر الدستورية العليا فى ٤ يناير فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢ (العدد ٤)، ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ (العدد ٢).

ولما كانت الإجراءات الجنائية هى مصدر الأدلة التى تؤسس عليها المحكمة اقتناعها بالإدانة، فإن قبول هذه الأدلة يتوقف على مشروعية الإجراءات التى تولدها. لهذا كان جزاء «البطلان» إعلانا بعدم المشروعية وإنتاجا لأثرها فى إهدار الدليل المترتب عليها. وإذا كان الدستور قد نص على ألا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى (المادة ٦٦/ ١)، فإن الدليل القضائى يجب أن يكون مشروعا، أى مبنيا على إجراءات مشروعة، وخاصة أن الدستور قد نص على أن إثبات الإدانة لا تكون إلا فى محاكمة قانونية (المادة ٦٧/ ١) أى منصفة.

وإذن، فإن عدم مشروعية الإجراءات الجنائية بسبب إهدار الضمانات التى نص عليها الدستور والقانون هو أساس البطلان[1]. وبذا يلعب البطلان دورا فاعلا فى الحماية الدستورية للحقوق والحريات.

---

(١) يتعين التمييز بين البطلان كأداة للرقابة القضائية على مشروعية الإجراءات الجنائية وبين غيره من الجزاءات الإجرائية، وهى السقوط، وعدم القبول، وعدم الاختصاص.

(أ) البطلان والسقوط:

السقوط جزاء إجرائى يترتب على عدم ممارسة الحق فى مباشرة عمل إجرائى خلال المهلة التى حددها القانون، وتحدد هذه المهلة إما بميعاد معين أو تتوقف على واقعة معينة. ومثال الميعاد حق النائب العام فى إلغاء الأمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية فى خلال ثلاثة أشهر (المادة ٢١١ إجراءات)، وحق النيابة العامة فى تنفيذ أمر الضبط والإحضار أو الحبس الإحتياطى فى خلال ستة أشهر من تاريخ صدوره (المادة ١٣٩ إجراءات). فإذا انقضى هذا الميعاد سقط الحق فى مباشرة العمل الإجرائى. ويكون توقف المهلة على واقعة معينة إذا اشترط القانون توافر واقعة معينة للاحتفاظ بالحق فى مباشرة الإجراء. وقد تكون الواقعة إيجابية مثال ذلك حق الاستئناف، فهو معلق على التقدم للتنفيذ قبل يوم الجلسة (المادة ٤١٢ إجراءات). وحق الطعن بالنقض فهو معلق على التنفيذ قبل يوم الجلسة (المادة ٤١ من قانون إجراءات الطعن بالنقض)، وحق الدفع بالبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم فى الجنح والجنايات إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره. فهذا الحق أوجب القانون مباشرته بواسطة المتهم أو محاميه (المادة ٣٣٣ إجراءات).

وقد تكون الواقعة سلبية إذا اشترط القانون عدم توافرها للاحتفاظ بالحق فى مباشرة الإجراء. مثال ذلك حق المدعى المدنى فى الالتجاء إلى الطريق الجنائى، فهو معلق على عدم التجائه إلى القضاء المدنى.

وفى هاتين الحالتين يسقط الحق فى مباشرة الإجراء إذا لم تحدث هذه الواقعة الإيجابية أو السلبية.

وينحصر الخلاف بين البطلان والسقوط فيما يأتى:

١ ـ السقود يرد على الحق فى مباشرة العمل الإجرائى، بينما يرد البطلان على العمل الإجرائى ذاته.

٢ ـ يجوز تجديد الإجراء الباطل، أما فى السقوط فإنه يفترض انقضاء الحق فى مباشرة العمل، مما يتعذر معه تجديده.

٣ ـ لا ينتج البطلان أثره إلا إذا تقرر بحكم، بخلاف السقوط فإنه يتم بقوة القانون. =

= (ب) البطلان وعدم القبول:

عدم القبول هو جزاء إجرائى يرد على الدعوى الجنائية (أو غيرها من طلبات الخصوم) إذا لم تستوف أحد شروط تحريكها واستعمالها فى بداية كل مرحلة من مراحل الخصومة، وهذه الشروط تتمثل فى الحق فى استعمال الدعوى، وورودها على محل صحيح (الأحكام التى يجوز فيها الطعن)، واستيفاء الأشكال الجوهرية التى أوجبها القانون عند استعمال الدعوى (تحريكها، ورفعها، ومباشرتها).

ومثال تخلف الحق فى استعمال الدعوى، أن يتم ذلك قبل صدور الشكوى أو الإذن أو الطلب فى الأحوال التى اشترط فيها القانون تقديمها، أو تحريك الدعوى من أحد أعضاء النيابة العامة الذى لا يملك تحريكها قانونا كما إذا كانت من الجرائم الواقعة من موظف فى أثناء تأدية وظيفته أو بسببها.

ومثال عيوب استعمال الدعوى ورود الاستعمال من خلال تكليف المتهم بالحضور بإعلان باطل لعيوب فى بياناته الجوهرية.

ويتميز البطلان عن عدم القبول بما يأتى:

١ - يرد عدم القبول على (الدعوى والطلب)، بخلاف البطلان فإنه يرد على العمل الإجرائى إذا لم يكن فى صورة دعوى أو طلب. مع ملاحظة أن السقوط يرد على الحق فى مباشرته.

٢ - قد يقترن البطلان مع عدم القبول. فهو يقترن مع البطلان مثلا إذا كانت الدعوى الجنائية غير مقبولة ولم تحكم المحكمة بعدم قبولها. ففى هذه الحال تكون باطلة جميع الإجراءات التى تتم فى الدعوى، مما يتعين معه الحكم ببطلانها بواسطة المحكمة الأعلى درجة. ويقترن عدم القبول مع السقوط إذا كان سبب عدم القبول هو سقوط الحق فى مباشرة الطلب (كالطعن بعد الميعاد القانونى).

التمييز بين البطلان والسقوط وعدم القبول:

تبدو العلاقة بين هذه الجزاءات الثلاثة فى أن السقوط ينصب على الحق فى مباشرة العمل الإجرائى، وأن البطلان يترتب على مباشرة هذا العمل رغم سقوط الحق فى مباشرته، وأن عدم القبول قد يترتب فى بعض الأحوال على السقوط والبطلان إذا ما انصب على الدعوى بذاتها.

وقد يجتمع السقوط والبطلان وعدم القبول معا. مثال ذلك أن يقرر المتهم الاستئناف بعد الموعد القانونى فيسقط حقه فى الاستئناف بانقضاء هذا الموعد، فإذا ما قرر بعد ذلك بالطعن كان استئنافه غير مقبول. فإذا استمرت المحكمة فى نظر الاستئناف كانت جميع إجراءاتها باطلة بطلانا متعلقا بالنظام العام لتعلق الأمر بأحد شروط الإشراف القضائى على الإجراءات الجنائية. وقد جرى قضاة محكمة النقض على أن تقتصر على الحكم بسقوط الطعن إذا لم يتقدم الطاعن المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية للتنفيذ قبل الجلسة، تمييزا لهذا الجزاء الإجرائى - وهو السقوط المترتب على سبب طارئ - عن بقية الجزاءات الأخرى. وقد يكون الطعن غير مقبول شكلا ثم لا يتقدم الطاعن للتنفيذ قبل الجلسة، فهل يحكم فى هذه الحالة بالسقوط أم بعدم القبول؟ نرى أن يحكم بالسقوط فى هذه الحالة لأنه يمس الحق فى الطعن ذاته، وهو أمر يسبق مباشرة الطعن. وإذا اجتمع عدم جواز الطعن مع عدم قبوله شكلا، فالأسبقية تكون لعدم القبول شكلا؛ لأن شكل الطعن مسألة أولية تسبق البحث فى مدى صلاحية الحكم للطعن فيه.

٢٠٦ـ (ثانيا) عدم المشروعية الإجرائية

يتوقف عدم المشروعية الإجرائية على دراسة أسباب البطلان بوصفه الجزاء المترتب على عدم المشروعية الإجرائية ونظامه القانونى. وهو ما يتوقف بدوره على تحديد إطار الحماية الدستورية للحقوق والحريات.

وقد سبق أن بينا فى أكثر من موضع من هذا المؤلف أنه يتعين التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة عن طريق التناسب فى حماية كل منهما. وقد جاء مبدأ التناسب «principe de proportionnalité» لكى يكون معيارا لتحقيق هذا التوازن ضمانا لوحدة النظام القانونى فى حمايته للحقوق والحريات وللمصلحة العامة. ويقتضى هذا التناسب وجود علاقة منطقية ومتماسكة بين مختلف المصالح المحمية بالقواعد القانونية، ويتحقق التناسب من خلال الوصول إلى حل يتصف بالمنطق والتجانس وعدم التحكم. وقد رأينا من قبل كيف أن العقوبة يجب أن تكون متناسبة مع الجريمة.

وإذا نظرنا إلى القاعدة الإجرائية التى تحمى الحقوق والحريات ـ وهى المصلحة المحمية بالبطلان ـ نجد فى ذات الوقت أن مصلحة المجتمع، أى المصلحة العامة، تعد فى ذات الوقت قيمة دستورية لا يجوز التضحية بها.

ويتطلب تقييم مدى مشروعية الإجراءات الجنائية التحقق من الغاية النهائية التى يحميها الدستور. وتوقف هذه الغاية على التناسب المنطقى بين الحقوق والحريات التى تحميها القاعدة الإجرائية والمصلح العامة المتوخاة من هذا الإجراء.

= (جـ) البطلان وعدم الاختصاص:

يتميز البطلان عن عدم الاختصاص، فالأول هو جزاء إجرائى يرد على العمل الإجرائى بسبب عدم تحقق الغاية التى استهدفتها القاعدة الإجرائية من ورائه، بينما عدم الاختصاص نتيجة تترتب على عدم توافر سلطة القاضى فى نظر الدعوى سواء من حيث الشكل أو الموضوع، وتترتب هذه النتيجة لأحد الأسباب المتعلقة بالاختصاص. على أنه إذا باشر القاضى إجراءات المحاكمة رغم عدم اختصاصه، أصبحت هذه الإجراءات باطلة مما يؤدى إلى بطلان فى الإجراءات.

ويلاحظ أن عدم القبول يرتكز على أسباب تتصل بتحريك أو رفع الدعوى الجنائية ابتداء بعيب متعلق بالنشاط الإجرائى للمدعى، أما عدم الاختصاص فيرجع إلى عيب فيمن يفصل فى الدعوى وهو القاضى. ويقع البطلان إذا مضى من يباشر العمل الإجرائى غير عابئ بجزاء عدم القبول أو عيب عدم الاختصاص.

ويحكم هذا التناسب نوعان من السياسات الإجرائية :

نوع يرى التوسع فى أسباب البطلان تحيزا لجانب المصلحة المحمية بالقواعد الإجرائية، على أساس أن هذه القواعد يتعين على القاضى مراقبة سلامة تطبيقها مما يتعين معه الحكم بالبطلان؛ لأن العدالة لا تستحق أن تحمل شرف اسمها إلا باحترام نصوص القانون[1].

وهناك نوع آخر يرى أن التوسع فى أسباب البطلان يضر بالمصلحة العامة الجنائية فى مواجهة ازدياد الإجرام، مما يتعين معه تقييد هذه الأسباب فى ضوء ما يستخلصه القانون أو القاضى من مخالفة جوهرية للقواعد الإجرائية الجنائية.

وفى إطار هذين النوعين ظهرت أربعة مذاهب قانونية فى تحديد أسباب البطلان، وفيما يأتى نورد مضمون هذه المذاهب، ومدى الأخذ بها فى كل من القانونين الفرنسى والمصرى[2].

٢٠٧- (أ) فى إطار سياسة التوسع فى أسباب البطلان
مذهب البطلان «المطلق»

ويسمى أيضا بالمذهب الشكلى. ومقتضاه أن البطلان يقع نتيجة مخالفة جميع قواعد الإجراءات الجنائية التى تنظم إجراءات الخصومة الجنائية. وأساس هذا المذهب أن القانون لا يفرض الشروط والأشكال إلا مراعاة لأهميتها فى تحقيق دور الخصومة. فيتعين تقرير البطلان جزاء تخلفها جميعا بغير استثناء. وقد عرف هذا النظام فى القانون الرومانى والعصور الإقطاعية حيث كانت الإجراءات تخضع لأشكال معينة تؤثر مخالفتها فى موضوع الدعوى ذاته.

وميزة هذا المذهب هو الوضوح فى تحديد أسباب البطلان. إلا أن التوسع فى تقرير البطلان فى جميع الأحوال يثير قضية التساؤل عن مصير التناسب بين هذه الحقوق والحريات والمصلحة العامة، وهو أمر لازم.

---

(١) انظر فى الموضوع :
Pradel L'instruction préparatoic 1995, p. 759 Roux, notc au Sirey 1906, I, 201.

(٢) انظر فى الموضوع رسالتنا فى نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، سنة ١٩٥٩.

٢٠٨ـ (ب) فى إطار سياسة التضييق من أسباب البطلان

١ ـ مذهب البطلان المنصوص عليه «Nullités Textuelles»

ويسمى أيضا مذهب «لا بطلان بغير نص» ومقتضاه أن المشرع هو الذى يتولى بنفسه تحديد أسباب البطلان. وقد أخذ بهذا المذهب قانون الإجراءات الجنائية الإيطالى، وأخذ به قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى الصادر سنة ١٩٥٨ فى أحوال معينة، إلا أن هذا القانون لم يحصر أسباب البطلان المنصوص عليها فيما يتعلق بالنظام العام فقط، بل نص كذلك على أسباب للبطلان تتعلق بمصلحة الخصوم (المادة ١٧٠/ ٢). وقد عدل هذا القانون سنة ١٩٧٥، فأخضع جميع أسباب البطلان عدا البطلان المترتب على الاتهام المتأخر «inculpation tardive»[١] لشرط إثبات حصول الضرر. وجاء قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى سنة ١٩٩٣ فحدد فى المادة ١٧١ منه عشرين قاعدة إجرائية يترتب على مخالفتها البطلان دون حاجة إلى إثبات الضرر. وبالتالى ارتبط مذهب البطلان المنصوص عليه بفكرة البطلان بغير ضرر دون الربط بين هذا النوع من البطلان والبطلان المتعلق بالنظام العام، فقد لوحظ أنه من بين حالات البطلان العشرين المنصوص عليها فى المادة ١٧١ المذكورة مالا يتعلق بالنظام العام[٢].

ولم تمض عدة أشهر على صدور هذا القانون حتى صدر تعديل تشريعى فى ٢٤ أغسطس سنة ١٩٩٣ ألغى فيه تعداد حالات البطلان العشرين المنصوص عليها فى المادة ١٧١، واقتصر على النص على البطلان فى حالات متفرقة (المادة ٥٩/ ٢ بالنسبة إلى التفتيش، والمادة ٧٨/ ٣ بالنسبة إلى القبض على المتهم «Garde à vue» والمادة ٣ و٧/ ١٠٠ بالنسبة إلى المحادثات التليفونية لأعضاء البرلمان والمحامين، والدعوة إلى الحضور (المادة ١ و٢٤/ ٧٠٦)، وقد أضيفت بالقانون الصادر فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٩٦). وقد عاد المشرع بهذا القانون إلى الربط بين اشتراط الضرر وتقرير البطلان بالنسبة إلى نوع البطلان المنصوص عليه أسوة بالبطلان الذاتى (غير المنصوص عليه).

---

(١) كما إذا تعمد المحقق تحليف المتهم اليمين واستمع إليه بصفته شاهدا متعمدا تأخير توجيه الاتهام إليه حتى يقتنص منه الحقيقة بعد تحليفه اليمين تحت ستار الشهادة.

(٢) Serge Guinchard et Jacques Buisson, Procédure pénale, Litec, Paris, 2000, p. 701.

وفى مصر لم ينظم قانون تحقيق الجنايات الملغى أسباب البطلان واقتصر على تقرير البطلان فى أحوال متفرقة (المواد ١٤٥ و١٤٩ و٢٣٥). وجاء قانون الإجراءات الجنائية الحالى وعالج لأول مرة موضوع البطلان فى نظرية عامة فى المواد من ٢٣٣ إلى ٢٣٧. ولم يأخذ هذا القانون بالبطلان المنصوص عليه إلا فى حالة واحدة هى عدم التوقيع على الحكم خلال ثلاثين يوما (المادة ٣١٢/ ٢إجراءات).

وميزة هذا المذهب أن المشرع بنفسه يتولى إجراء التناسب بين الحقوق والحريات التى تحميها القاعدة الإجرائية محل المخالفة وبين المصلحة العامة، فيقرر البطلان صراحة فى الأحوال التى يرى فيها تغليب جانب الحقوق والحريات.

٢ ـ مذهب البطلان الذاتى:

وينادى هذا المذهب بعدم اشتراط النص على البطلان صراحة، بل يكفى لذلك مجرد عدم مراعاة شروط معينة فى الإجراءات. وميزة هذا المذهب أنه يقرر عدم إمكان حصر أسباب البطلان مقدما، ولذلك يترك الأمر للقضاء حتى يقدر مدى التناسب بين جسامة المخالفة والمصلحة العامة، بدلا من أن يكون طوعا لنصوص جامدة، فقد يرى العيب الجسيم فى الإجراء ولا يستطيع إبطاله لأن القانون لم ينص على هذا البطلان. وعيب هذا المذهب أنه يواجه مشكلة التمييز بين الأشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية، وهو أمر من الصعب حله، فيترك بذلك الفرصة للخلاف فى الآراء وتضارب الأحكام. إلا أنه يهون من هذا العيب أن الخلاف القانونى سيبقى ما بقى الفكر القانونى، وأن حصر أسباب البطلان لن يحول دون الاختلاف حول تفسير القانون.

وقد لوحظ على هذا المذهب أن ترك أمر تحديد حالات البطلان للقاضى دون حصرها مسبقا سوف يدخلها فى دائرة عدم اليقين، مما يجعل مخالفتها للضمان الجوهرى فى إحدى القضايا سببا للبطلان، وفى غيرها من القضايا عديم الأثر. ولا شك فى أن افتقار الجزاء الإجرائى إلى التحديد يمس احترام مبدأ الشرعية التى تفترض اليقين، كما أنه يمس مبدأ المساواة أمام الخصوم، حيث يقضى بالبطلان لصالح البعض ولا يقضى به لصالح البعض الآخر، مما يلقى بالعبء الأكبر على عاتق محكمة النقض.

وقد أخذ قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى الصادر سنة ١٩٥٨ بهذا النوع من البطلان جنبا إلى جنب مع البطلان المنصوص عليه، فنص فى المادة ١٧٢ على توافر البطلان عند مخالفة القواعد الجوهرية المصوص عليها فى هذا القانون وخاصة فى حالة مخالفة حقوق الدفاع. وجاء التعديل التشريعى لهذا القانون والصادر فى ١٦ أغسطس سنة ١٩٧٥ فربط بين هذا النوع من البطلان - وكذا البطلان المنصوص عليه - وإثبات الضرر. وجاء التعديل فى يناير سنة ١٩٩٣ ففصل بين البطلان المنصوص عليه وبين فكرة الضرر، ثم أكد هذا الارتباط تعديل ٢٤ أغسطس سنة ١٩٩٣ (المادة ١٧١ إجراءات المعدلة)، ونصت المادة ٨٠٢ إجراءات على أنه عند مخالفة الأشكال المنصوص على البطلان جزاء لمخالفتها (أى البطلان المنصوص عليه) أو عند مخالفة الأشكال الجوهرية (أى البطلان الذاتى)، فإن المحكمة لا يمكن أن تقرر البطلان إلا إذا أدت المخالفة إلى المساس بمصالح الطرف صاحب الشأن.

وقد أخذ القضاء المصرى بنظرية البطلان الذاتى فى ظل قانون تحقيق الجنايات الملغى، إلى أن صدر قانون الإجراءات الجنائية، فاعتنق هذه النظرية. فقد نص على ترتيب البطلان عند عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأى إجراء جوهرى (المادة ٣٣١ إجراءات).

٣ - مذهب «لا بطلان بغير ضرر»

وفى إطار سياسة التضييق من أسباب البطلان يرى هذا المذهب عدم القضاء بالبطلان إلا إذا رأى القاضى أن العيب الإجرائى قد أصاب بالضرر الطرف الذى يطالب بالبطلان، ويستوى فى ذلك أن يكون القانون قد نص على أحوال البطلان أو ترك للقاضى أمر تحديد هذه الأحوال.

وقد رأينا كيف أخذ قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى بهذا المذهب منذ تعديل ٦ أغسطس ١٩٧٥ لكى يسرى على جميع أنواع البطلان سواء كان منصوصا عليه أو متروكا تقديره للقاضى. ثم قصر تعديل ٤ يناير ١٩٩٣ شرط الضرر على البطلان الذاتى دون البطلان المنصوص عليه، إلى أن جاء تعديل ٢٤ أغسطس سنة ١٩٩٣ فجعل الضرر مناطا للبطلان بنوعيه (البطلان المنصوص عليه والبطلان الذاتى)[1]،

---

(١) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يجوز التمسك بالبطلان الذى يمس حقوق الخصوم إلا ممن يتعلق به العيب المؤدى إلى البطلان.
Crim. 14 Déc. 1999 Bull. n° 304, crim. 11 Janvier 1994. JCP 1994. IV 931.

وهو ما لا يسرى إذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام[1].

أما القانون المصرى فقد ميز بين البطلان المتعلق بالنظام والبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم. فنصت المادة ٣٣٢ إجراءات على ما مؤداه أنه فى حالات البطلان المتعلقة بالنظام العام تقضى به المحكمة ولو بغير طلب. ونصت المادة ٣٣٣ على ما مؤداه أنه فى حالات البطلان المتعلقة بمصلحة الخصوم يتعين التمسك بالبطلان من صاحب الشأن، فإذا شاب أحد الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائى أو التحقيق بالجلسة فى الجنح والجنايات يسقط الحق فى الدفع بهذا البطلان إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره دون اعتراض منه. أما فى مواد المخالفات فيعد الإجراء صحيحا إذا لم يعترض عليه المتهم ولو لم يحضر معه محام فى الجلسة. وكذلك يسقط حق الدفع بالبطلان بالنسبة للنيابة العامة إذا لم تتمسك به فى حينه. ويعنى كل ما تقدم أنه لا يقضى بالبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم إلا إذا تم التمسك به من صاحب المصلحة. وهو ما يفيد أن البطلان قد أخذ بمصلحة المتمسك به بما يولد معه مصلحة فى القضاء به.

٢٠٩ـ (ثالثا) رابطة السببية بين الإجراء وبين الحكم الصادر بالإدانة

تتوقف علاقة المشروعية بين الحكم بالإدانة والإجراءات التى بنى عليها والتى تعد أساسا للحكم. فالعبرة هى بالأساس القانونى للحكم، فإذا بنى الحكم على إجراءات باطلة لم يتخذها الحكم أساسا للإدانة، لا تتوافر رابطة السببية بين البطلان وبين الحكم الصادر بالإدانة. مثال ذلك أن تبنى أدلة الإثبات على تفتيش باطل لمنزل المتهم واعتراف صحيح له بالتهمة، ثم تأتى المحكمة فتؤسس قضاءها بالإدانة على هذا الاعتراف وحده بعد الاطمئنان إلى صحته قانونا بعيدا عن التفتيش الباطل. فى هذا المثال تتوافر رابطة السببية بين الاعتراف وبين هذا الحكم بعيدا عن التفتيش الباطل.

وتقتضى علاقة المشروعية التى يجب أن يقوم عليها الحكم الصادر بالإدانة، أن

---

(١) crim. 4 Nov. 1997, Bull. n° 365.
crim. 4 Nov 1997, Bull n° 365.

تكون الأدلة التى تستمد منها المحكمة اقتناعها نزيهة صحيحة لا يشوبها البطلان، فإذا كانت الأدلة غير مشروعة لكونها ثمرة لإجراءات باطلة امتنع على المحكمة الاستناد إليها.

ويستند هذا الحظر على القيمة الدستورية أو التشريعية للحقوق والحريات التى تحميها القاعدة الإجرائية التى خولفت، فإذا كانت هذه الحقوق والحريات لها قيمة دستورية بوصفها عمادا للشرعية الدستورية لقانون الإجراءات الجنائية (أصل البراءة والضمان القضائى والمحاكمة المنصفة) فإن الحظر المفروض على المحكمة فى الاستناد إلى الأدلة غير المشروعة يستمد من الدستور ذاته، وذلك باعتبار أن هذا الحظر ليس إلا قاعدة قانونية موضوعية تستخلص من أبعاد، الحقوق والحريات التى يحميها الدستور، بحكم وضعها الأسمى فى الدولة القانونية والنظام الديمقراطى[1]. وتمتد القيمة الدستورية للحقوق والحريات إلى المنازعة فى صحة الإجراءات التى انتهكتها مما يؤدى تبعا لذلك إلى إضفاء القيمة الدستورية على البطلان المترتب على هذا الانتهاك. فإذا بنى الحكم بالإدانة على أدلة مشوبة بهذا البطلان وتوافرت علاقة عدم المشروعية «lien d'illégalité» بين الحكم بالإدانة وهذه الأدلة كان الحكم مشوبا ببطلان متعلق بالنظام العام؛ لأن القيمة الدستورية تتربع على قمة النظام العام. وعلى المحكمة أن تستخلص هذا البطلان سواء نص عليه المشرع أو لم ينص عليه، طالما أن الحقوق والحريات التى انتهكها الإجراء تستمد حمايتها من الدستور ذاته. فإذا سمح المشرع بعكس ذلك كان النص التشريعى مخالفا للدستور، وذلك باعتبار أن القيمة الدستورية للحقوق والحريات تؤدى حتما ولزوما إلى إضفاء طابع المخالفة الدستورية على الإجراءات غير المشروعة التى تنال من هذه الحقوق والحريات وكذا الأدلة المترتبة عليها. فلا يجوز أن يعمل القضاء للوصول إلى العدالة إلا على أساس من احترام الحقوق والحريات التى كفلها الدستور، فلا يمكن أن يميل ميزان العدالة فى اتجاه مناقض لشموخها وعلوها، ولا يمكن للتوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة أن يكون صوريا أو منتحلا، فإذا مال التنظيم

---

(١) هذا ما أكدته المحكمة الدستورية الأسبانية فى حكمها الصادر فى ٥ إبريل سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ١٩٩٩ (انظر: Emoch Albert, Pierre Mon, Pierre Cambot et Juan Luis Requejo Pages, "Annuaire International de la Justice constitutionnelle, 1999, p 544).

الإجرائى نحو اقتضاء حق العقاب تعظيما لهذا الحق، فلا يستقيم بنيان العدال لأن هذا البنيان لا يقوم إلا على المشروعية وسيادة القانون[1].

وينال هذا الموضوع أهمية خاصة فى النظم التى تجيز للأفراد رفع الدعاوى المباشرة أمام المحكمة الدستورية للطعن على الأحكام الباتة الصادرة من المحاكم العادية إذا بنيت أحكامها على مخالفة الدستور[2]. ففى هذه الحالة يجب على المحكمة الدستورية أن تتحقق مما إذا كان عدم دستورية الأدلة قد أثرت فى عقيدة المحكمة، وهو ما سمى بعلاقة عدم المشروعية.

أما الحقوق والحريات التى لا يكفلها الدستور وتستمد مشروعيتها من نصوص التشريع وحده، مثال ذلك واجب إجراء التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه إن أمكن ذلك، فإذا حصل التفتيش فى منزل غير المتهم يدعى صاحبه للحضور بنفسه أو بواسطة من ينيبه عنه إن أمكن ذلك (المادة ٩٢ إجراءات) وواجب حضور المتهم الحائز للخطابات والرسائل والأوراق المضبوطة فى أثناء الاطلاع عليها (المادتان ٩٧ و٢٠٦/ ٥ إجراءات). فهذه الضمانات تهدف إلى التحقق من نزاهة الضبط والاطلاع، ولا يتوقف عليها حق الدفاع، ومن ثم فهى ضمانات تشريعية يتعين الالتزام بها، وإلا كان الإجراء باطلا بطلانا متعلقا بمصلحة الخصوم. فإذا تقرر البطلان كان الدليل المبنى عليه غير مشروع، ولا يجوز للمحكمة الاستناد إليه؛ لأن عدم المشروعية فى هذه الحالة لا ترقى إلى مرتبة المخالفة الدستورية. وبالإضافة إلى ذلك يوجد نوع آخر من الضمانات التشريعية التى لا تصل إلى مرتبة الحق أو الحرية مثل إجراءات تحريز المضبوطات، فهى ضمانات تتعلق بتنظيم الدليل لا بمشروعيته، وتنطوى على محض إرشادات للجهة القائمة على الدليل

---

(١) وتطبيقا لما تقدم تتوافر شبهة عدم الدستورية فى نص المادة ١٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية الذى نص على أنه لا يترتب على القضاء بعدم اختصاص قاضى التحقيق بطلان إجراءات التحقيق. فهذا النص يفقد الحماية الدستورية للحقوق والحريات فاعليتها، ويناقض الأصل فى المتهم البراءة، ويعطى لعدم المشروعية فاعلية تسمح بالاستناد إل أدلة مخالفة للدستور. فاحترام قواعد الاختصاص القضائى جزء من الضمان القضائى كركن فى الشرعية الدستورية لقانون الإجراءات الجنائية.

(٢) مثال ذلك نظام الـ Amparo المعروف فى القانون الأسبانى. وانظر تطبيقا لذلك حكم الدستورية العليا الأسبانية فى ديسمبر سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٩٩ (انظر المرجع السابق ص ٥٤٥ و٥٤٦).

٢١٠ـ النتائج المترتبة على علاقة المشروعية بين الحكم بالإدانة والإجراءات التي بنى عليها

بينا فيما تقدم أن علاقة المشروعية بين الحكم بالإدانة والإجراءات التي بنى عليها تعد أساسا قانونيا لهذا الحكم. وتترتب على ذلك نتيجة مهمة هى التزام المحكمة بتسبيب هذا الحكم حتى يمكن لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع فى الالتزام بعلاقة المشروعية. ولهذا قضت المحكمة الدستورية الأسبانية بأن كل قرار يقيد أو يحد من ممارسة حق (أساسى) يجب بوجه خاص أن يتم تسبيبه حتى يصل إلى علم صاحب الشأن ومن يقوم بإعداد دفاعه الأسباب الواقعية والقانونية لهذا القرار(١). فإذا ما اقتنعت المحكمة بالإجراء المقيد للحق أو الحرية واعتمدت فى اقتناعها على الأدلة الناتجة عنه وجب عليها أن تبين الأسباب التى تؤيد اتخاذ هذا الإجراء. وقد وصل الأمر بالمحكمة الدستورية الأسبانية إلى أن تشترط تسبيب قرارات قاضى التحقيق باتخاذ الإجراءت الماسة بالحرية(٢). ويبدو تخلف الأساس القانونى للحكم فى عيوب تسبيبه (٣). على أن أساس الحكم قد يفقد قانونيته إذا ما خالفت المحكمة القانون أو أخطأت فى تطبيقه أو تأويله وهى فى صدد تقييم علاقة المشروعية بين الحكم بالإدانة والإجراءات التى بنى عليها(٤).

---

(١) الحكم الصادر فى ٥ إبريل سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ١٩٩٩، المرجع السابق، ص ٥٤٣.

(٢) انظر الحكم المشار إليه فى الهامش السابق بشأن قرار قاضى التحقيق بالترخيص بتسجيل محادثات تليفونية، وقارن نقض ٢٤ مارس سنة ١٩٧٥ مجموعة الأحكام ص ٢٦ رقم ٦٠ ص ٢٥٨، إذ قضت محكمة النقض بأنه لما كانت المادة ٤٤ من الدستور فيما استحدثته من تسبيب الأمر بدخول المسكن وتفتيشه لم ترسم شكلا خاصا للتسبيب، فإنه يكفى الاستناد فى أمر التفتيش على اقتناع سلطة التحقيق عند إصدار أمرها بالتفتيش بجدية وكفاية الأسباب التى أفصح عنها طالب الأمر فى محضره.

(٣) انظر مؤلفنا فى النقض فى المواد الجنائية، طبعة ١٩٩٧ ص ٢٥٣.

(٤) مؤلفنا فى النقض فى المواد الجنائية، المرجع السابق ص ١٦١ـ١٦٥

المبحث الثانى
الرقابة القضائية من خلال الطعن

٢١١ـ تمهيد

عرضنا فيما تقدم للرقابة القضائية على صحة الإجراءات، والتى تباشرها المحكمة بحكم وظيفتها القضائية. على أن المحكمة قد تباشر هذه الرقابة من خلال الطعن. ويحدد القانون سلطة المحكمة التى تنظر الطعن، سواء فيما يتعلق بإعادة نظر موضوع الدعوى من جميع الوجوه؛ أو فيما يتعلق بمشروعية الحكم والإجراءات التى بنى عليها، أو فيما يتعلق بمدى مطابقته للقانون.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن طرق الطعن فى الأحكام لا تعد مجرد وسائل إجرائية ينشئها المشرع ليوفر من خلالها سبل تقويم اعوجاجها، بل هى فى واقعها أوثق اتصالا بالحقوق التى تتناولها، سواء فى مجال إثباتها أو نفيها أو توصيفها(١).

وسوف نبحث فيما يأتى من زاوية الشرعية الإجرائية، موضوعين هما:

١ـ القيم الدستورية لقاعدة ازدواج درجة التقاضى.
٢ـ القيم الدستورية للطعن بالنقض.

٢١٢ـ مدى الأهمية الدستورية لقاعدة ازدواج درجة التقاضى

هل ينال ازدواج التقاضى قيمة دستورية؟

ذهب البعض إلى أن قاعدة ازدواج درجة التقاضى ضمان أساسى لمصالح

---

(١) دستورية عليا فى ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ ص ١٠٦، دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٦٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٨ فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨.

المتقاضي، وللمصلحة العليا للعدالة. وقيل بأن الاستئناف بوصفه طريقا للطعن يلجأ إليه الطرف الذى يعتقد أن ضررا قد حاق به بسبب صدور حكم محكمة أول درجة، يعد ضمانا غاليا للمتقاضي، ومن ثم يجب اعتباره مبدأ عاما فى الإجراءات، ومن ثم فإن قاعدة ازدواج التقاضي تعد ضمانا لحسن العدالة(١).

وهذا ما نص عليه العهد الدولى لحقوق المدنية والسياسية، إذ نصت المادة ١٤/ ٣ منه على الحق فى درجة ثانية للتقاضي(٢).

ولقد لوحظ فى فرنسا أن تاريخ القانون القضائى قد شهد احتراما لقاعدة ازدواج درجة التقاضى عدا بعض استثناءات قررها المشرع. واستقر قضاء محكمة النقض ومجلس الدولة فى فرنسا على أن قاعدة ازدواج درجة التقاضى تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الخروج عنها إلا بنص تشريعى. وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بأنه لا يجوز لمرسوم "decret" (يقابله القرار الجمهورى) أن يسلب حق الاستئناف اعتمادا على أن ازدواج درجة التقاضى يعد مبدأ عاما فى الإجراءات، وأن التشريع وحده هو الذى يملك المساس بهذا الحق(٣). وبناء على ذلك، فلا يجوز للائحة التنفيذية للقانون أن تسلب حق أحد أطراف الدعوى فى الاستئناف إذا نص عليه القانون.

إلا أنه بعرض الموضوع على المجلس الدستورى الفرنسى للنظر فى مدى شرعية النص فى مرسوم على عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة من المحكمة الابتدائية فى شأن الرسوم والضرائب المشار إليها، قرر بأن قاعدة ازدواج درجة التقاضى لا تعد ضمانا أساسيا فى مجال المنازعات الضريبية، وأنه يمكن للسلطة اللائحية أن تلغى الحق فى الاستئناف بمرسوم(٤).

كما قرر المجلس الدستورى الفرنسى بالنسبة للمنازعات الإدارية بأن تأخر المحكمة الإدارية فى الفصل فى الدعوى فى خلال مدة الشهرين التى حددتها اللائحة، يخرج الدعوى من حوزة المحكمة لتدخل فى اختصاص مجلس الدولة ويفصل فيها أولا(٥). وقيل بأن المجلس بهذا القرار اعتمد على أن الاستئناف لا يعد

---

(١) انظر: Thierry Renaux, op. cit., p

(٢) نصت هذه المادة على أن كل شخص أعلنت إدانته بجريمة له الحق فى أن يعيد بحث هذا الإعلان بواسطة محكمة عليا، طبقا للقانون.

(٣) C E. 4 Février 1944, note Jeze, R.D.P. 1944, p. 176 et S.

(٤) Déc No. 82 - 113 du 14 Mai 1980, Receueil jur. const., p. 78.

(٥) Décision, No 75 - 84 I du 19 Novembre 1975, Rec. 1975, p 35.

من المبادئ العامة فى القانون مما يجيز للائحة النص على إلغائه، وأنه ذو قيمة لائحية محضة.

وقد ذهب الفقه الفرنسى[1] فى ضوء قرارى المجلس الدستورى سالفى الذكر إلى باب البحث مازال مفتوحا أمام المجلس الدستورى على أساس أن قاعدة ازدواج درجة التقاضى تعد ضمانا للحياد القضائى يشبع مصالح المتقاضين، على أساس أن الفرصة المتاحة للمتقاضى فى عرض الدعوى على قضاة جدد تزيل أية شبهة حول استقلال قضاة محكمة أول درجة. وأضاف هذا الرأى أن قاعدة ازدواج درجة التقاضى تعد عاملا من عوامل الأمن القانونى (Securité du droit)، لأن الاستئناف يتفادى ما عسى أن يشوب حكم محكمة أول درجة من عيوب بسبب اعتمادها على ملف خلا من جميع أدلة الإثبات، أو بسبب سوء تقديرها، وأن الاستئناف على هذا النحو يصبح أكثر من مجرد إعادة نظر ملف الدعوى لكنه يعد طريقا لإنهاء الفصل فى الدعوى (Voie d' achévement du procés)، وأنه بناء على ذلك، فإن قاعدة ازدواج درجة التقاضى تعد مبدأ إجرائيا عاما لا يجوز أن يلحقه المساس إلا بنص تشريعى، بل إن استبعاد الحق فى استئناف أحد الأحكام يعنى تعديل اختصاص محكمة الاستئناف، مما لا يجوز النص عليه إلا فى القانون إعمالا لقاعدة أن القانون هو مصدر قواعد الإجراءات الجنائية[2]. وهى وجهة نظر لم يأخذ بها المجلس الدستورى الفرنسى.

إلا أن المجلس الدستورى الفرنسى عنى بتقرير أنه لا يجوز أن يتقرر مبدأ التقاضى وفقا لمشيئة الخصم، فقضى النص التشريعى الذى يجيز للمجنى عليه أن يدعى مدنيا لأول مرة أمام محكمة الاستئناف على أساس أن هذا المسلك يجعل الكلمة بيده فى حرمان المتهم من حق استئناف الحكم الصادر فى الدعوى المدنية إذا لم يدع مدنيا أمام محكمة أول درجة. ويعد إخلالا بمبدأ المساواة بين المدعى المدنى والمتهم[3].

وجاء القانون الفرنسى الصادر فى ١٥ يونية سنة ٢٠٠٠ فأجاز الطعن فى أحكام

---

(١) انظر: Thierry Renoux, op. cit , p 386.

(٢) Thierry Renoux, op. cit., p. 387.

(٣) Déc. no. 80-127 du 19 et 20 janveir 1981, Recucil jur. const., p. 91.

محاكم الجنايات ووصف البعض هذا التعديل بأنه يمثل ثورة هادئة استجابت لطلب عام وللإحساس القضائى وللمبادئ الحاكمة فى الإجراءات الجنائية ذات الأصول الدولية[1].

وفيما يتعلق بالقيمة الدستورية لقاعدة ازدواج درجةالتقاضى فى مصر، عنيت المحكمة الدستورية العليا بإرساء مجموعة من المبادئ، هى :

١ ـ أن ما ينص عليه المشرع من عدم جواز الطعن فى بعض الأحكام القضائية، لا مخالفة فيه لنصوص الدستور التى لا تحول دون قصر التقاضى على درجة واحدة فى المسائل التى فصل الحكم فيها[2].

٢ ـ أن قصر التقاضى على درجة واحدة يدخل فى إطار السلطة التقديرية للمشرع[3]، وأن المشرع إذا اختار التقاضى على درجتين، فإن كلا منهما ينبغى أن تستكمل ملامحها، وأن يكون استنفادها بعد الانتفاع من ضماناتها دون نقصان،

---

(١) Christine Lazerges, op. cit., Rev. sc crim. 2001, pp. 7.

(٢) المحكمة الدستورية العليا فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٩١ فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٩١ (العدد ٥١ تابع).

(٣) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٩ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ مارس سنة ١٩٩٨ (العدد ١٢ تابع)، دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٦٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨ (العدد ٨)، وانظر دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٨١ القضية رقم ٧ لسنة ١ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ١ ص ١٦٠، ٧ ديسمبر سنة ١٩٩١ فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٥، المجلد الأول ص ٦٢ (بشأن النص على عدم جواز الطعن فى الأحكام الصادرة فى الدعاوى التأديبية للقضاة)، دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٨٢ فى القضية رقم ٣ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٥ المجلد الأول ص ١٥٩، دستورية عليا فى ٩ سبتمبر سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٣٨ فى ٢١ سبتمر سنة ٢٠٠٠ (بشأن اعتبار ما تصدره لجنة ضباط القوات المسلحة المنعقدة بصفة هيئة قضائية من قرارات بمثابة أحكام وأنه ليس ثمة ما يمنع من اعتبار التقاضى أمام تلك اللجنة من درجة واحدة).
وفى ضوء هذا المبدأ تثور الشبهة حول مدى دستورية المادة ٤١٩/ ١ إجراءات التى نصت على أنه إذا حكمت محكمة أول درجة فى الموضوع، ورأت المحكمة الاستئنافية أن هناك بطلانا فى الإجراءات أو فى الحكم، تصحح البطلان وتحكم فى الدعوى. وعلة هذه الشبهة أن البطلان له قيمة دستورية حسبما بينا من قبل، وهو لا ينتج أثرا، الأمر الذى يؤدى إلى انتقاص إحدى درجتى التقاضى ممن حوكموا أمام محكمة أول درجة وفقا لإجراءات باطلة، كما أن مبدأ المساواة يتطلب مساواة الجميع فى المحاكمة أمام درجتين من درجات القضاء وفقا لإجراءات صحيحة.

ذلك أن التقاضى على درجتين كلما كان مقررا بنصوص آمرة يجب أن يتحدد وفق أسس موضوعية لا يندرج تحتها مجرد سرعة الفصل فى القضايا بما يناقض طبيعتها ومع مراعاة ما يقتضيه الصالح العام ومبدأ المساواة أمام القانون(١) .

٣ـ أن الأصل فى الأحكام هو جواز استئنافها ، إذ يعد النزاع على درجتين ضمانة أساسية للتقاضى لا يجوز حجبها عن المتخاصمين بغير نص صريح ، ووفق أسس موضوعية ، بما مؤداه أن الخروج عنها لا يفترض ، وذلك سواء نظر إلى الطعن استئنافيا ـ فى الأحكام الصادرة بصفة ابتدائية ـ باعتباره طريقا محتوما لمراقبة سلامتها وتقويم اعوجاجها ، أو نظر إليه كوسيلة لنقل النزاع برمته وبكامل العناصر التى يشتمل عليها إلى المحكمة الاستئنافية لتجيل بصرها فيه من جديد(٢) .

وننبه إلى أن تقرير مدى جواز الطعن من عدمه مسألة قانونية تفصل فيها جهة القضاء التى يرفع إليها الخصم طعنه ، أى دعواه ، فلا يجوز لقلم الكتاب أن يمنع التقرير بالطعن بحجة عدم جوازه ، وإلا كان ذلك المنع افتئاتا على الحق فى الالتجاء إلى القضاء وانتهاكا لحكم الدستور والقانون(٣) .

٢١٣ـ مدى الأهمية الدستورية للطعن بالنقض

باستقراء النظم القضائية نجد أنفسنا أمام نموذجين للمحكمة القضائية العليا :

١ـ النموذج البريطانى متمثلا فى المحكمة العليا كدرجة ثالثة للتقاضى وتندمج فى نظام درجات التقاضى ومثالها مجلس اللوردات فى بريطانيا .

---

(١) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ سالف الإشارة إليه .

(٢) دستورية عليا فى ٤ فبراير سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٣٩ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ ص ٥١١ .

(٣) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا أن المنع المنسوب إلى قلم كتاب المحكمة فى قيد الدعوى (ويسرى ذلك على التقرير بالطعن) ليشكل قرارا إداريا ينطوى على عدوان صارخ على حق دستورى كفله الدستور لجميع المواطنين ألا وهو حق الالتجاء إلى القضاء، وهو حق مصون ومكفول للناس كافة، ولا يجوز لأقلام الكتاب بالمحاكم الامتناع عن قيد الدعاوى التى يرغب المواطنون فى إقامتها، لأن هذا الامتناع يصادر بغير حق وبغير سند من القانون الضمان الدستورى لسيادة القانون ألا وهو حق الالتجاء إلى القضاء (٢٣ إبريل سنة ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٤٥٤ و٦٩٤ لسنة ٢٧ ق، مجموعة أحكام الإدارية العليا س ٢٨ قاعدة ١٠١ ص ٦٧٩).

٢ـ النموذج الفرنسي متمثلا فى محكمة النقض (ومثالها فى فرنسا ومصر).

وتختص هذه المحكمة أساسا بمراقبة صحة تطبيق القانون والسعى نحو الوصول إلى وحدة التطبيق القضائى وتطوير تفسير قواعد القانون(١).

وقد لاحظ المؤتمر التمهيدى التحضيرى للمؤتمر الدولى الرابع عشر لقانون العقوبات، والذى انعقد سنة ١٩٨٦ ظاهرة زيادة العبء الملقى على عاتق المحكمة العليا من كثرة القضايا المعروضة عليها، وهو ما سبق أن بحثه المؤتمر العاشر للأكاديمية الدولية للقانون المقارن فى بودابست سنة ١٩٧٨.

وإذ بحث المؤتمر الدولى الرابع عشر لقانون العقوبات هذه المشكلة. أوصى بعدة حلول تمس إجراءات المحكمة، والتنظيم القضائى، ونشاط نقابة المحامين، والخدمة المتاحة لقضاة المحكمة. ففيما يتعلق بإجراءات المحكمة يمكن استحداث نظام لتنقية الطعون المرفوعة أمام المحكمة بالتنظيم القضائى وذلك بإنشاء محكمة للدرجة الثانية تنظر القضايا قبل عرضها على المحكمة العليا. وفيما يتعلق بنشاط نقابة المحامين يمكن الأخذ بنظام تخصيص المحامين المقبولين أمام هذه المحكمة. أما فيما يتعلق بالخدمة المتاحة لقضاة المحكمة العليا، فقد اقترح تحسين المساعدة المتاحة لهؤلاء القضاة مثل توفير مساعدى القضاة الأكفاء كالباحثين، وتوفير الوسائل التقنية الحديثة. وقد اقترح البعض تقليل فرص الطعن أمام المحكمة العليا بحيث يقتصر على القضايا التى يلزم فيها توحيد التطبيق القضائى للقواعد القانونية(٢). بينما عارض البعض الآخر فى ذلك مناديا بأن محاولات تطوير الإجراءات الجنائية لضمان سرعة الفصل فى القضايا يجب أن تمضى فى طريقها دون المساس بالضمانات الإجرائية المتاحة لإعلاء سيادة القانون، أو تلك التى تكفل فاعلية الدفاع(٣). وقد لاحظ البعض أن زيادة عدد الدوائر القضائية قد يعرض للخطر وظيفة محكمة النقض فى توحيد التطبيق القضائى للقانون.

---

(١) انظر Pisani فى التقرير العام الدولى الرابع عشر لقانون العقوبات فى موضوع (العلاقة بين التنظيم القضائى وقواعد الإجراءات الجنائية).
Revue internationale de droit pénal 60 année, 1989, p. 641 et 642.

(٢) انظر تقرير Spinellis الأستاذ بجامعة أثينا المقدم للمؤتمر الدولى الرابع عشر لقانون العقوبات.
Rev. Inter, de droit pénal, op. cit., p. 828.

(٣) انظر تقرير R, Bottcher المقدم للمؤتمر الدولى الرابع عشر لقانون العقوبات.
Rev. Inter. de droit pénal, op. cit., p. 980

ويقود هذا البحث إلى بيان القيمة القانونية والدستورية للطعن بالنقض.

لقد اتجه المجلس الدستورى فى فرنسا إلى أن الطعن بالنقض يعتبر ضمانا أساسيا لا يجوز لغير القانون وحده أن يحدد قواعده. وعلى هذا النحو فإن المجلس الدستورى[١] قد أضفى على الطعن بالنقض الطبيعة التشريعية.

ومع ذلك، فقد ثار البحث حول مدى تمتع الطعن بالنقض بقيمة دستورية.

وذهب البعض إلى أن باب هذا البحث ما زال مفتوحا وأنه بتحليل قرار المجلس الدستورى الفرنسى فى مايو سنة ١٩٨٠ نجد أنه قد أشار بقوة إلى ما يتمتع به هذا الطعن من أهمية فائقة لحسن العدالة، وأن هذا الطعن يسمح فى واقع الأمر بالتحقق من أن محكمة الموضوع فى حدود سلطتها المطلقة فى تقدير الوقائع قد طبقت القانون تطبيقا سليما من خلال احترامها القواعد الشكلية الجوهرية. وأضاف هذا الاتجاه إلى أن الطعن بالنقض يكون لمصلحة القانون بواسطة النيابة العامة، وأنه منذ نشأته يؤدى دورا أساسيا فى حماية التطبيق السليم للقانون، ويكفل بذلك احترام مبادئ وحدة القانون الوطنى والمساواة أمام القانون، وأن تفسيرها للقانون يسمح من خلال القيمة الرفيعة لأحكامها بتحقيق وحدة القضاء، الأمر الذى يؤدى إلى ضمان الأمن والاستقرار القانونى[٢].

وقد ثار الجدل من جديد فى فرنسا حول مدى وجود حق أساسى فى الطعن بالنقض، بمناسبة طعن بالنقض رفع ضد قرار أصدرته غرفة الاتهام بمعاقبة أحد مأمورى الضبط القضائى فى حدود اختصاصها طبقا للمواد ٢٢٤ إلى ٢٣٠ إجراءات جنائية فرنسى بشأن إخلال مأمورى الضبط القضائى بواجبات وظائفهم؛ فطعن المحكوم عليه فى هذا القرار أمام محكمة النقض الفرنسية على أساس أن المادة ٥٦٧ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى تسمح بالطعن بالنقض فى جميع القرارات والأحكام الصادرة منذ آخر درجة سواء فى الجنايات أو الجنح أو المخالفات. وقد أسس الطاعن طعنه على أن رئيس غرفة الاتهام قد شارك فى

---

(١) مشارا إليه فى التقرير العام D. Pisani.
Rev. Inter. de droit pénal, op. cit., p. 644.

(٢) انظر: Thierry Renoux, op. cit., p.388 , 389.Pisani

التحقيق المنسوب إليه مما لا يجيز له فى الوقت ذاته أن يشترك فى محاكمته . إلا أن محكمة النقض الفرنسية سمحت لنفسها أن تنظر هذا الطعن رغم أن قرار غرفة المشورة لم يصدر فى إحدى مواد الجنايات أو الجنح أو المخالفات ، ورفضت هذا الطعن على أساس أن غرفة المشورة حين تمارس اختصاصها التأديبى المنصوص عليه فى المواد من ٢٢٤ إلى ٢٣٠ إجراءات فرنسى لا تفصل فى منازعات متعلقة بحقوق أو التزامات ذات طبيعة مدنية ولا تفصل فى اتهام جنائى . ومن ثم ، فلا يتمتع الطاعن بالحق فى ضمان محاكمة منصفة(١) . وأنكرت محكمة النقض الفرنسية فى هذا الحكم عدم انطباق المادة ٦ / ١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التى تضمن الحق فى محاكمة منصفة . وقد أثار هذا الحكم عاصفة من النقد على أساس أن قبول محكمة النقض رقابتها على هذا الحكم من حيث المبدأ كان يوجب عليها بسط نطاق هذه الرقابة على ضمانات المحاكمة أمام غرفة المشورة ، باعتبار أن هذه الرقابة هى من واجبات المحكمة الأعلى(٢) . ويتفق هذا المبدأ مع التقليد الذى جرت عليه محكمة النقض الفرنسية بفتح باب الطعن أمامها ما لم ينص القانون صراحة على عكس ذلك(٣) .

وقد قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن عدم قبول الطعن بالنقض المؤسس على مجرد أن الطاعن لم يكن محبوسا ولم يقدم نفسه للتنفيذ ، يمس حقه فى الطعن بالنقض ويحرمه من ممارسة حقوقه فى الدفاع(٤) .

ولم تقل المحكمة الدستورية العليا فى مصر كلمتها فى هذا الشأن ، واقتصرت على القول بأنه حين تتصدر التنظيم القضائى وتحتل القمة من مدارجه محكمة تعلو المحاكم الدنيا وتكون ولايتها مقصورة على الفصل فى مسائل القانون لتقعيدها ، يتوافر التعدد فى درجات التقاضى(٥) .

---

(١) Cass. Crim. 26 Février 1997, Bull., No. 78.

(٢) Serge Guinchard, op. cit., p. 199.

(٣) Cass. 12 Mai 1812, Jurisprudence générale, V. cassation No. 94.

(٤) انظر حكمها الصادر فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٩٣ مشارا إليه فى مؤلف :
Serge Guinchard, et Jacques Buisson, op. cit., p. 216.

(٥) انظر : دستورية عليا فى ١٩ يونية سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ١٠٢ لسنة ١٢ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ ، المجلد الثانى ص ٣٨٢ .

الباب الرابـــع

الضمانات الدستورية للإجراءات الجنائية في الظروف الاستثنائية

٢١٤ـ تمهيد

بينا فيما تقدم الضمانات الدستورية فى قانون الإجراءات الجنائية ، ومع ذلك فإنه إذا تعرض أمن الدولة للخطر ، قد تجدّ ظروف استثنائية تدعو إلى الخروج عن بعض هذه الضمانات . وتبريرا لذلك قيل بأنه فى هذه الظروف قد يتطلب الأمر فى بعض الحالات وضع غلالة على الحرية(١) . كما قيل بأن حماية النظام العام هدف له قيمة دستورية قد يعتمد عليه المشرع لتقييد ممارسة الحريات الدستورية ، لأنه بدون حماية النظام العام لا يمكن كفالة ممارسة هذه الحريات(٢) . إلا أن هذا القول اعترض عليه Laboulaye بقوله بأنه ليس صحيحا أن المحظور يصبح مشروعا ، لأنه فى الحالات الأكثر صعوبة يمكن الدفاع بالقوانين العادلة والأحكام التى تصدر فى الظروف العادية ، وأنه لا يمكن وضع غلالة على الحرية ، لأنه تحت هذه الغلالة تنتهك الحرية ، وبهذا الانتهاك تقتل الحرية(٣) .

---

(١) انظر: Jean Gicquel, Les états de nécessité (droit constitutionnel et droits de l'homme, Rapports français au 11 congrés mondial de l'association international de droit constitutionnel), Paris 1987, collection droit public positif 1987, p.181.

(٢) Philippe Terneyre, Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité, cit., p.191. op

وانظر: Cherif Bassiouni, Les états d'urgence et d'exception: (les droits de l'homme et de l'impunité sous couvert du droits Intangibles et États d'exception), Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 107- 123.

(٣) Au fond, on ne voile pas la liberté, on la viole et, en la violant, on la tue, (Gilles Lebreton, op. cit., p. 188).

وواقع الأمر أن الظروف الاستثنائية تشير إلى حالة من الواقع تتطلب ـ بالنظر إلى خصوصيتها غير العادية ـ الإفلات من تطبيق قواعد القانون العادى. فالطابع غير العادى أو الاستثنائى لهذه الحالة من الواقع stuation de fait لا تتلاءم معها القواعد المطبقة فى الظروف العادية. فالقواعد القانونية تشير إلى السلوك الإنسانى الذى يمكن اتباعه بما يتفق مع هذا الواقع[1]، وهو ما يتطلب وجود قواعد قانونية تنظم الظروف غير العادية التى لا تصلح أدوات القانون العادى للتجاوب معها، باعتبار أن القانون هو وليد المجتمع.

وعلى هذا فإن الظروف الاستثنائية قد تقتضى مبادرة السلطة العامة باتخاذ تدابير عاجلة أو إجراءات استثنائية لا تسمح بها قواعد القانون المقررة فى الظروف العادية. ولذلك نجد أن الدولة عندما تواجه بعض الظروف الاستثنائية تضطر إلى التحلل من بعض القواعد المقررة فى القوانين المنظمة للحرية لكى تفسح المجال أمام قواعد أخرى أكثر تضييقا وتقييدا ولما كان هذا الموقف يتم فى حدود الدستور، وكانت نصوص الدستور متكاملة متساندة، وكان يتعين المحافظة دوما على النظام العام الدستورى، فإنه يتعين تحديد نطاق الضمانات الدستورية للإجراءات الجنائية فى الظروف الاستثنائية.

إن تحديد هذه المسألة يتطلب البدء بتحديد الأساس، وبناء عليه اتخاذ التدابير غير العادية التى تتفق مع الظروف غير العادية فى ظل دولة القانون.

---

(١) انظر: Jean-Jacques Pardini, Le juge constitutionnel et le "fait" en Italie et en France, Economica, 2001, p. 273.

الفصل الأول
أساس الظروف الاستثنائية

ترتكز الظروف الاستثنائية على أساسين : أولهما ، فلسفي . وثانيهما ، دستورى .

٢١٥ـ الأساس الفلسفي (الضرورة)

تتطلب الظروف الاستثنائية شرعية تتلاءم معها ترتكز على نظرية الضرورة ، بوصفها نظرية عامة فى القانون ، وتجيز التصرف بطريقة تجافى القواعد الواجب اتباعها فى الظروف العامة ، بقدر ما تتطلبه هذه الضرورة .

وفى فرنسا عنى المجلس الدستورى بالتأكيد على واجب الدولة فى كفالة الاحترام لمؤسسات الدولة ، واستمرار حياة الأمة ، وضمان حقوق وحريات المواطنين[١] ، والتأكيد على أن هذه المهام الدستورية الأساسية تقع بوجه خاص على السلطات العامة ـ كل فى حدود اختصاصه ـ وعليهم ممارستها ويدق الأمر فى الظروف الاستثنائية التى تتعرض فيها المصلحة العامة ـ متمثلة فى النظام العام ـ للخطر ، مما يدعو المشرع إلى أن يجرى توازنا ضروريا بين احترام الحقوق والحريات ، وحماية النظام العام الذى بدونه لا يمكن كفالة الحريات[٢] ، و قد نصت المادة٤ من إعلان حقوق الإنسان للثورة الفرنسية ، فإن الحرية هى فى ممارسة كل ما

(١) 85 - 188 Dc du 22 Mai 1985, Recueil Juris const. (1959 - 1993), p. 224.
وكان رئيس الجمهورية الفرنسية طبقا للمادة ٥٤ من الدستور الفرنسى قد طلب من المجلس الدستورى مدى اعتبار البروتوكول السادس المضاف إلى الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية ، والذى يلغى عقوبة الإعدام مع جواز توقيعها على الأعمال التى تقع فى زمن الحرب أو الخطر الحال بالحرب .

(٢) 85 - 187 Dc du 25 janvier 1985, Recueil Juris const., p. 224.

لا يضر بالغير، كما أن ممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان لا يقيدها إلا ما يكفل لسائر أعضاء المجتمع التمتع بالحقوق نفسها، وأن هذه القيود يمكن أن يحددها القانون(١). فالتوازن يجب أن يتم بين مختلف أهداف القيم الدستورية والتى تتمثل فى حماية النظام العام، واحترام الحقوق والحريات .

وفى إيطاليا، قيل بأن قوانين الطوارئ توضع فى نطاق حالة الضرورة، وأن شكلها ومضمونها يتحدد فى ضوء الضرورة الاجتماعية والسياسية(٢) . وقد أجازت المادة ٧٧ من الدستور الإيطالى للحكومة «اتخاذ تدابير مؤقتة لها قوة القانون فى الحالات غير العادية للضرورة والاستعجال» وقد أكد جانب من الفقه الإيطالى أنه بغض النظر عن هذا النص الدستورى، فإن حالة الضرورة تصلح أساسا قانونيا لشرعية القواعد القانونية التى تواجه الظروف الاستثنائية(٣) .

وقد اعتبرت حالة الضرورة معياراً للتحقق من مدى شرعية التدابير الاستثنائية المتخذة فى النطاق الأوروبى . وقد تجلى ذلك فى قرار اللجنة الأوربية الصادر سنة ١٩٦٠ فى قضية "Lawless" والذى أيدته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فى أول يولية سنة ١٩٦١ . فقد جاء فى هذا القرار أن أفضل وسيلة لتقييم ضرورة التدابير الاستثنائية تتجلى فى معيار ثلاثى هو فيما إذا كانت التدابير المتخذة من طبيعتها المساهمة فى حل مشكلة خاصة تعد جزءا من الحالة الاستثنائية التى تمر بالبلاد، وفيما إذا كان حل هذه المشكلة لا يتحقق بالتدابير العادية التى تتفق مع القواعد الدولية التى لا تجوز مخالفتها، وفيما إذا كان يمكن حل هذه المشكلة بتدابير استثنائية أخرى لها نتائج أقل تأثيرا على حقوق الإنسان . وتطبيقا لهذه المبادئ، قضت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بشرعية القرارات الإدارية باعتقال المشتبه فى اشتراكهم فى أعمال إرهابية(٤) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى :
82 - 141 Dc du 27 Juillet 1982, 82 , Recueil juris constit. 1959 - 1993, p. 126.

(٢) Jean-Jacques Pardini, op., p. 275.

(٣) Jean-Jacques Pardini, op , p 276.

(٤) CEPH, Affaire, lawless, serie B, Memoues, Plaidoiries et documents, 1960 - 1961, p.131.
وقد تأيد هذا القرار بحكم المحكمة فى أول يولية سنة ١٩٦١ :
Arrêt du 1er Juillet 1961, Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme, 4e

كما قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فى ٢٨ مايو سنة ١٩٩٣ فى قضية "Brannigan et Mc bride" حول شرعية القانون الصادر سنة ١٩٨٤ والذى أصدرته المملكة المتحدة لمواجهة الإرهاب، والذى يسمح بالاعتقال الإدارى طالما أن المعتقل يستطيع الالتجاء إلى القضاء من خلال الـ "Habeas corpus" للمنازعة فى شرعية الاعتقال الإدارى(١).

وواضح مما تقدم أن الأساس الفلسفى للظروف الاستثنائية يستند إلى حالة الضرورة. وبمقتضى هذه الحالة يحدد التشريع السلطات الاستثنائية التى يمنحها للسلطة العامة، بناء على حالة الضرورة. وبقدرها يتم تحديد هذه السلطات الاستثنائية ونطاقها. وقد حاول البعض فى هذا الصدد التمييز بين «سلطات الأزمة» pouvoirs de crise، و«السلطات الاستثنائية» Pouvoirs exceptionnels. وقال بأن سلطات الأزمة تواجه أوضاعا استثنائية ذات طبيعة سياسية مثل حالة الحرب، ومحاولة قلب نظام الحكم، بينما «السلطات الاستثنائية» تواجه أوضاعا استثنائية ذات طبيعة سياسية كالكوارث الطبيعية. على أن التفرقة بين هذين النوعين من السلطات يفتقر إلى المعيار العلمى(٢).

وقد واجه قانون الطوارئ "La loi sur l'état d'urgénce" فى مصر وفرنسا الظروف الاستثنائية بغض النظر عن مصدرها سواء كان سياسيا أو غير سياسى.

٢١٦- الأساس الدستورى

(أ) فى فرنسا:

أقام قضاء مجلس الدولة الفرنسى(٣). نظرية لحالة الطوارئ بمقتضاها يجوز للإدارة التحلل من مراعاة القواعد الشكلية التى تنظم مباشرة الأعمال الإدارية الفردية. وتأثرا بهذا القضاء جاء الأمر الصادر فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٥ الذى يسمح

(١) Arrêt du 28 Mai 1993, Jurisprudence de la Cour Européenne, op. cit., No.184 - 189, pp. 72, 73.

(٢) Ölivier Duhamet et yves Mény; Dictionnaire constitutionnel, Paris, 1992, p. 786.

(٣) انظر هذا القضاء الذى بدأ منذ سنة ١٩٠٢ مشارا إليه فى:
Gilles Lebreton, Libertes publiques et droits de l'homme, op. cit., p. 193.

لوزير الداخلية فى حالة الطوارئ المطلقة "urgence absolue" باستبعاد الأجنبى دون المثول أمام اللجنة المختصة بنظر الاستبعاد. وجاء القانون الصادر فى ١١ يولية ١٩٧٩ الذى يعفى الإدارة من تسبيب أعمالها الفردية التى تقيد ممارسة الحريات العامة فى الطوارئ المطلقة. وقد قرر القضاء الفرنسى كذلك أن حالة الطوارئ يمكنها تبرير عدم مراعاة بعض قواعد الاختصاص. ومع ذلك فقد راقب قضاء مجلس الدولة الفرنسى سوء تطبيق حالة الطوارئ فاعتبر المساس بالحريات العامة دون توافر هذه الحالة موجبا للتعويض.

واعتبارا من ١٩١٨ أقام مجلس الدولة الفرنسى نظرية للظروف الاستثنائية أكثر خطورة من نظريته فى الطوارئ فيما يتعلق بتهديد الحريات العامة. وبمقتضى هذه النظرية يجوز لجهة الإدارة أن تقوم بما هو ضرورى لمباشرة أعمالها فى الظروف غير العادية، وتجيز لها هذه الظروف أن تتجاوز مؤقتا عن تدرج القواعد القانونية. وقد قيل بأن هذه النظرية لم تفعل أكثر من إحياء المثل القديم القائل بأن «الضرورة تصنع القانون» "nécessité fait loi" وبمقتضى هذه النظرية اعتبرت أعمالا مشروعة تلك الأعمال التى تعتبر باطلة بسبب الانحراف فى استعمال السلطة إذا ما بوشرت فى الظروف العادية. ومع ذلك فقد راقب مجلس الدولة الفرنسى مدى توافر الظروف الاستثنائية (وهى: إما حالة الحرب، أو حالة الحرب الأهلية، أو حالة الكوارث الطبيعية)[١] وذلك وقت مباشرة الفعل، ومدى تناسب التدبير محل النزاع مع الظروف الاستثنائية لكى يحكم بمدى صحة القرار الصادر بناء على هذه الظروف، وأكد عند عدم توافر التناسب التزام جهة الإدارة باحترام الشرعية الاستثنائية فى حالة عدم توافر الشرعية العادية[٢].

وترتكز الظروف الاستثنائية فى فرنسا على أساس دستورى فى ثلاث حالات، هي:

(الأولى): التفويض التشريعى "l'habilitation legislative"، وقد نصت

---

(١) وقد قاس البعض على ذلك الكوارث التكنولوجية مثل انفجار مركز نووى
(انظر: .Gilles Lebreton op. cit , p. 194)

(٢) انظر: Gilles Lebreton op cit., p. 193

عليه المادة ٣٨ من الدستور الفرنسي وطبقا لهذه المادة يجوز للبرلمان أن يرخص للحكومة لتنفيذ برنامجها أن تتخذ بقرار منها التدابير التي يختص القانون بتشريعها، ويكون التفويض لمدة محدودة قابلة للتجديد[1].

(الثانية): **الأحكام العرفية "État de siege"**، وتستند إلى المادة ٣٦ من الدستور الفرنسي. ويشير المعنى الحرفي لهذا الاصطلاح (حالة الحصار) إلى مبرراتها، وذلك حين تتعرض البلاد لخطر العدوان العسكري المترتب على حرب أجنبية[2]، أو عصيان مسلح، فيلتزم المواطنون بحكم الضرورة بالدفاع عن وطنهم وهو ما يؤدي إلى فرض النظام العسكري على إدارة البلاد. وتسمى هذا الحالة بالأحكام العرفية العسكرية "État de siège militaire". وقد امتد معنى الأحكام العرفية لكي يشمل مجرد تهديد الأمن الداخلي أو الخارجي وسميت هذه الحالة بالأحكام العرفية السياسية "État de siège politique". وواضح مما تقدم، أن الأحكام العرفية العسكرية تفترض قيام حالة الحرب وتعلن لمواجهة ضرورة الدفاع ضد العدوان العسكري، بخلاف الأحكام العرفية السياسية فإنها تعلن لمجرد الخطر المترتب على الحرب سواء وقعت الحرب الفعلية أو حدث مجرد تهديد بنشوبها، وذلك لمواجهة ضرورة المحافظة على الأمن الداخلي والخارجي. وبعبارة أخرى، فإن ضرورة الدفاع عن الوطن في مواجهة الغزو العسكري هو أساس الأحكام العرفية العسكرية، وضرورة الدفاع عن الأمن الداخلي والخارجي للوطن هو أساس الأحكام العرفية السياسية[3].

(الثالثة): **حالة الأزمة الوطنية**، فقد واجه الدستور الفرنسي في المادة ١٦ هذه الحالة، فخول رئيس الجمهورية سلطة اتخاذ بعض التدابير لمواجهة الأزمة الوطنية

---

(١) صدر قرار بالتفويض بتاريخ ٢ يوليو سنة ١٩٨٦ يرخص للحكومة بالقيام بالخصخصة "privatiser" بواسطة أوامر تصدرها حتى ٢ مارس سنة ١٩٩١. انظر:
Olivier Duhamel, yves Meny, op. cit., p. 789

(٢) وقد أعلنت الأحكام العرفية بمناسبة الحرب العالمية الأولى سنة ١٩١٤، والحرب العالمية الثانية سنة ١٩٣٩.

(٣) انظر: Rivero, op. cit., p 258

التى تمر بها البلاد، وذلك حين تتعرض للخطر الجسيم الحال مؤسسات الدولة واستقلال الوطن وسلامة أراضيه، أو تنفيذ التزاماته الدولية، وحين يتوقف سير العمل المعتاد فى المؤسسات العامة الدستورية. وفى هذه الحالة يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التى تحتمها هذه الظروف بالتشاور مع رئيس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ وكذلك مع رئيس المجلس الدستورى[1]. ويوجه رئيس الجمهورية رسالة للشعب بالقرار الذى اتخذه لمواجهة الأزمة[2]. ويجب أن يستوحى رئيس الجمهورية التدابير التى يتخذها من العمل على توفير وسائل قيام المؤسسات الدستورية بمهمتها. ويعتبر البرلمان مجتمعا بقوة الدستور. ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة الاختصاصات الاستثنائية المخولة له.

وبجانب هذه الحالات الثلاث التى ترتكز على أساس دستورى، توجد حالة رابعة ترتكز على أساس تشريعى، هى حالة الطوارئ.

حالة الطوارئ "État d'urgence"، وقد نظم هذه الحالة القانون الصادر فى ٣ إبريل سنة ١٩٥٥ الذى ظل قائما بعد صدور دستور ٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨. وعلى

---

(١) وكما قال ريفيرو، فإن إجراء هذه المشاورات ضرورى، إلا أن رئيس الجمهورية لا يلترم بالأخذ بنتيجتها. (Rivero, op. cit., p.254).

(٢) ويرجع التفكير فى مواجهة هذه الحالة إلى حادثين، الأول، وقع للجنرال ديجول الذى يرجع إليه الفضل فى إصدار دستور ١٩٥٨، فقد بين الجنرال فى الجزء الأول من مذكراته تعليقا على احتلال فرنسا سنة ١٩٤٥، بأنه يجب القول بأن النظام فى هذا الوقت لم يكن يسمح لرئيس الحكومة الأخيرة فى الجمهورية الثالثة بأن يتخذ أى إجراء، وأن اضمحلال الدولة كان فى الواقع مأساة قومية. وقد أدى هذا الحادث إلى التنبه إلى منح رئيس الجمهورية الاختصاصات التى تمكنه من مواجهة الأزمات الوطنية. أما الحادث الثانى، فيرجع إلى تاريخ سابق هو ٢ ديسمبر سنة ١٨٥١ حين قاد رئيس الجمهورية الثانية لويس نابليون انقلابا أقام بعده نظاما دكتاتوريا للحكم، فقد كان لهذا الحادث الثانى أثره فى ضبط ممارسة رئيس الجمهورية لسلطاته فى حالة الأزمة الوطنية بشروط موضوعية وشكلية معينة "Rivero, op. cit., p.253". وانظر فى الموضوع الدكتور يحيى الجمل، نظرية الضرورة فى القانون الدستورى ص ١٧٨ وما بعدها. وقد لوحظ أن التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية طبقا للمادة ١٦ من الدستور الفرنسى والتى تمس الحريات العامة تدخل فى نطاق المادة ٣٤ من الدستور مما يجعل أوامر رئيس الجمهورية بشأنها بمثابة تشريعات فتفلت بذلك من رقابة مجلس الدولة، كما أن المجلس الدستورى لا يراقبها لأنه لا يراقب سوى دستورية التشريعات التى يقرها البرلمان. وقد انتقد مسلك مجلس الدولة الفرنسى ووصف بأنه قد سجل بطريقة سلبية انتهاك الحريات العامة.
(انظر: Gilles Lebreton, op. cit., p.p. 184,185).

الرغم من أن هذا الدستور قد نظم فى المادة ٣٦ حالة الأحكام العرفية دون حالة الطوارئ، إلا أن المجلس الدستورى فى فرنسا رأى أن النصوص الدستورية التى نظمت الحالات المبنية على الضرورة لا تستبعد وجود حالات أخرى نص عليها الدستور بطريقة ضمنية لكى يسمح فيها للمؤسسات السياسية أن تؤدى مهمتها، وخاصة فيما يتعلق بحماية الحقوق والحريات.

وقد رأى المجلس الدستورى بأن كل ما لا ينص الدستور الفرنسى على النهى عنه، يمكن للمؤسسات الدستورية صاحبة الشأن أن تقوم به. ومن ثم، إذا كان الدستور لم يمنع المشرع من النص على نظام حالة الطوارئ، فإنه يجوز للمشرع أن يتولى تنظيم هذه الحالة(١). وعلى أية حالة، فإن المرسوم الصادر فى ١٥ إبريل سنة ١٩٦٠ أخضع إعلان حالة الطوارئ لذات الشروط المتبعة عند إعلان الأحكام العرفية طبقا للمادة ٣٦ من الدستور الفرنسى من حيث الاكتفاء بإعلانها بقرار من رئيس الوزراء بشرط ألا تزيد عن مدة اثنى عشر يوما ما لم يرخص البرلمان بمد هذه المدة، ويترتب على سقوط الحكومة أو حل الجمعية الوطنية انتهاء هذه الحالة.

(ب) فى إيطاليا

يرتكز الأساس الدستورى فى إيطاليا على نصين فى الدستور الإيطالى، أولهما نص المادة ١٧٨ التى نصت على حق الحكومة فى اتخاذ السلطات الضرورية، وثانيهما نص المادة ٧٧ التى خولت الحكومة اتخاذ تدابير مؤقتة لها قوة القانون فى الحالات غير العادية للضرورة والاستعجال.

(جـ) فى مصر:

إذا كانت نظرية الضرورة أساسا فلسفيا لتبرير السلطات الاستثنائية فى الظروف الاستثنائية، فإن ذلك وحده لا يكفى ما لم تسمح الشرعية الدستورية بهذا الاستثناء. وإذا كان أساس هذا الاستثناء هو التوازن بين متطلبات حماية النظام العام، وحماية الحقوق والحريات، فإن هذا التوازن نفسه هو أساس الشرعية

---

(١) انظر: Philipp Terneyre, op cit., p. 194.

وانظر قرار المجلس الدستورى الفرنسى فى ٢٥ يناير سنة ١٩٨٥.

85 - 187 Dc du 25 Janvier 1985 Recueil Juris constit. (1959 - 1993), p. 223.

الدستورية فى الأحوال العادية. ولا يختلف الأمر عنه فى الظروف الاستثنائية إلا فى الانحياز نحو حماية النظام العام نظرا لما يتهدده من أخطار فى هذه الظروف الاستثنائية، وهو انحياز لا يتحقق فى الظروف العادية ؛ لأن النظام العام لا يتعرض لذات الخطر الذى يتعرض له فى الظروف الاستثنائية.

فإذا نظرنا إلى الدستور المصرى، نجد أنه قد واجه الظروف الاستثنائية فى ثلاث حالات:

(الأولى): **التفويض التشريعى**، إذ نصت المادة ١٠٨ من الدستور على أن لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفى الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون. وتقتصر هذه المواجهة على منح رئيس الجمهورية اختصاصا بإصدار قرارات لها قوة القانون مع التزام هذه القرارات بكافة القواعد الدستورية.

(الثانية): **حالة الطوارئ**، إذ نصت المادة ١٤٨ من الدستور على أن يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين فى القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية ليقرر ما يراه بشأنه. وإذا كان مجلس الشعب منحلا يعرض الأمر على المجلس الجديد فى أول اجتماع له. وفى جميع الأحوال يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة، ولا يجوز مدها إلا بموافقة مجلس الشعب[(١)].

وتتسع هذه الحالة أيضا لحالة الأحكام العرفية التى عرفها القانون الفرنسى. وقد قضت المحكمة العليا أن نظام الطوارئ نظام أجاز الدستور فرضه كلما تحققت أسبابه ودواعيه، وأولها تعرض الوطن لخطر يهدد سلامة أمنه أو نشوب حرب أو التهديد بنشوبها أو اضطراب الأمن، وذلك لمواجهة هذا الخطر بتدابير استثنائية حددها

---

(١) هذه المادة تقابل المادة (٤٥) من دستور ١٩٢٣، والمادة (٤٥) من دستور ١٩٣٠، والمادة (١٤٤) من دستور ١٩٥٦، والمادة (٥٧) من دستور ١٩٥٨.

قانون الطوارئ حفظا لسلامة الوطن وأمنه(١). وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل فى حالة الطوارئ أن إعلانها لا يكون إلا لمواجهة نذر خطيرة تتهدد معها المصالح القومية، وقد تنال من استقرار الدولة أو تعرض أمنها وسلامتها لمخاطر داهمة. وهى بعد، حالة لا تلائمها أحيانا - بالنظر إلى حدتها وطبيعة المخاطر المرتبطة بها - تلك التدابير التى تتخذها الدولة فى الأوضاع المعتادة، باعتبار أن طبيعتها ومداها تفرض من التدابير الاستثنائية ما يناسبها ويعد لازما لمواجهة تبعاتها، ولا تنحصر هذه التدابير الاستثنائية بالضرورة فيما يكون ضروريا منها لمواجهة الجرائم التى تهدد أمن الدولة الداخلى والخارجى، بل تتناول فى عديد من صورها وتطبيقاتها جرائم أخرى تخرج عن هذا النطاق وتتجاوزه، ولا نزاع فى خطورتها أو فى اتحادها معها فى علة خضوعها لتلك التدابير الاستثنائية التى تقتضيها سرعة الفصل فيها ردعا لمرتكبيها وحفاظا على السلامة القومية بما يكفل تأمينها مما يخل بها وبطريق غير مباشر(٢).

(الثالثة): الأزمة الوطنية، إذ نصت المادة ٧٤ من الدستور على أن لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بيانا إلى الشعب، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها.

وإذا تأملنا فى الحالات الثلاثة السابقة، نجد أن الدستور نفسه فى الحالتين الأولى والثالثة قد أوضح شكل التوازن بين متطلبات حماية المصلحة العامة فى الظروف الاستثنائية، وحماية الحقوق والحريات. وترك الأمر للمشرع فى الحالة الثانية (حالة الطوارئ)، حيث عالجها بالقرار بقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ.

---

(١) حكم المحكمة العليا فى ٥ فبراير سنة ١٩٧٧، فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٦ قضائية «عليا»، مجموعة أحكام المحكمة العليا جـ ٢، ص ٣٢.
دستورية عليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ فى الطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «تفسير»، الجريدة الرسمية العدد ٤ مكرر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣.

(٢) Olivier Duhamet et yves Mény; Dictionnaire constitutionnel, Paris, 1992, p. 786.

الفصل الثـــانى
نطاق الضمانات الدستورية للإجراءات الجنائية في الظروف الاستثنائية

المبحث الأول
نطاق الشرعية الدستورية فى ضوء الظروف الاستثنائية

٢١٧ـ المشكلة موضوع البحث

إذا كانت الضرورة هى الأساس الفلسفى للظروف الاستثنائية، وكان الدستور قد سمح بإعلان حالة الطوارئ أو الأزمة الوطنية، فما الحدود الدستورية التى يتعين على المشرع مراعاتها عند مواجهة هذه الظروف الاستثنائية[١]؟

بينا فيما تقدم، أن الشرعية الدستورية ترتكز على كل من الديمقراطية، وسيادة القانون واحترام الحقوق والحريات. إلا أن أحدا لا يجادل فى أن الظروف الاستثنائية تسمح بوضع قيود على الحريات والحقوق. فالضمانات التى توفرها الشرعية الدستورية فى الظروف العادية لا تطبق بذاتها فى الظروف الاستثنائية، ولاشك، لأن أهمية المحافظة على النظام العام المعرض للخطر تبدو أكثر دقة فى الظروف الاستثنائية عنها فى الظروف العادية، مما يجعل التوازن بين مراعاة النظام العام كمصلحة عامة أمرا واجبا فى إطار التوازن بينه وبين الحقوق والحريات.

ففى نطاق الظروف الاستثنائية لا يمكن أن يتم التوازن على حساب المصلحة

---

(١) وقد بينا فيما تقدم أن التفويض التشريعى طبقا للمادة ١٠٨ من الدستور يقتصر على مجرد منح رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدار قرارات بقانون دون أن تتحلل هذه القرارات من سائر نصوص الدستور.

العامة، لأنه بدون حماية النظام العام فسوف تتعرض الحقوق والحريات للخطر. وبناء على ذلك، تكون القيود على الحرية الشخصية والحقوق أوسع نطاقا مما تتضمنه الإجراءات الجنائية فى ظل الشرعية الدستورية فى الظروف العادية. وفى هذا الشأن، ويدور التساؤل عما إذا كان المساس بالحرية الشخصية غير دستورى فى الظروف العادية، فهل سصبح دستوريا إذا تم تطبيقا للنظام القانونى للسلطات الاستثنائية(١). ويثير هذا الموضوع بحث مدى تأثير الظروف الاستثنائية على القواعد الدستورية.

٢١٨ـ مدى تأثير الظروف الاستثنائية على الشرعية الدستورية

عنى الفقه الإيطالى ببحث هذا الموضوع، فظهرت فيه أربع نظريات(٢):

ذهبت النظرية الأولى إلى أن الطابع الخاص لتدابير الطوارئ ينطوى على إيقاف حقيقى للقواعد الدستورية، وذلك على أساس أن الدستور الإيطالى (المادة٧٧) حيث سمح بإصدار قرارات لها قوة القانون، فإنه أجاز لهذه القرارات أن تضع تنظيما يخالف الدستور. ويعيب هذه النظرية أنها تفترض أن القاعدة التشريعية التى تعالج حالة الطوارئ يمكن أن توقف قاعدة أعلى منها، وهى القاعدة الدستورية، وهو ما لا يمكن قبوله.

أما النظرية الثانية، فقد ذهبت إلى أن حالة الطوارئ «l'emergenza» تؤثر فى شكل الرقابة الدستورية على القواعد التشريعية لحالة الطوارئ، وتستند هذه النظرية على أساس أن الرقابة الدستورية على أعمال التشريع يجب أن تراعى العوامل التى تأثر بها المشرع عند وضع التشريع؛ لأن الرقابة لا يمكن أن تعمل فى دائرة التجريد، بل يجب أن تراعى ظروف التشريع، وأن تكون متناسبة «proprtionnée» مع الطابع غير العادى لظروف الواقع. وقد انحازت المحكمة الدستورية الإيطالية لهذه النظرية فى حكم لها سنة ١٩٧٦ قررت فيه أن ظروف الواقع ومراعاة الظواهر الجسيمة للإجرام تقيد الرقابة الدستورية على تدخل المشرع لمواجهة هذه الظروف فى حدود

---

(١) 76 - 77 Dc du 12 Janvier 1977, Recueil juris constit (1959 - 1993), p. 47.

(٢) انظر: Jean-Jacques Pardini, op , p. 280-294.

سلطته التقديرية . وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أن الرقابة الدستورية واحدة وأنه لا توجد رقابة غير عادية تتم على نحو ينطوى على إيقاف العمل بالدستور .

وذهبت النظرية الثالثة إلى أن حالة الطوارئ تؤثر فى الوسائل التقليدية لتفسير النصوص الدستورية ، وتخفف من المرونة الطبيعية لهذا التفسير ، ولا تسلم هذه النظرية بوجود دستور لحالة الطوارئ ، ولا تقبل إيقاف العمل بالضمانات الدستورية ، ولكنها تقوم على فحص العلاقة بين التشريع والدستور . وعلى هذا الأساس ، ترى هذه النظرية أن المحكمة الدستورية لا تتجرد من الظروف غير العادية التى وجهت التشريع نحو إقرار تنظيم غير عادى دون أن تتخلى مطلقا عن معاييرها الدستورية . ولكنها فى ذات الوقت تعمل على تفسير المعايير الدستورية على نحو أقل حدة عما تكون عليه الحال عندما تراقب التشريع فى الظروف العادية . وعلى هذا الأساس ، ترى هذه النظرية أن حالة الطوارئ ترخص بالتفسير البالغ فى التوسع «superextensive» للدستور . ووفقا لهذه النظرية يكون القاضى الدستورى محكوما بمنطق الواقع عند مزاولة نشاطه التفسيرى دون التأثير فى فاعلية النص الدستورى . وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أن تفسير النصوص الدستورية يجب أن يخضع لمنهج موحد ومعايير موحدة بغض النظر عن خصوصية الحالة محل النزاع المعروض على المحكمة ، هذا بالإضافة إلى أن تفسير الدستور بما يتواءم مع التشريع غير العادى قد يبرر المساس بالحرية الشخصية فى حالات أخرى غير حالة الطوارئ ، وأن تفريد تفسير الدستور وفقا للظروف غير العادية على نحو يختلف عما يجرى فى الظروف العادية قد يؤدى إلى الخروج على الدستور فى أحوال لا تبرر ذلك .

وذهبت النظرية الرابعة[1] إلى أن حالة الطوارئ لا تقدم عذرا لمخالفة التشريع للدستور ، وإنما تثير قيمة أعلى من القيم الأخرى التى يحميها الدستور بما فى ذلك القيم التى تعبر عنها الحقوق والحريات التى يحميها الدستور . ويسترسل صاحب هذه النظرية «Ruggeri» قائلا بأن الواقع ينشّط القيمة المحمية وينتجها ، ثم يكشف القاعدة القانونية التى تحكمها . وتنبنى هذه النظرية على وجوب التوازن والتنسيق

---

(١) انظر : Jean-Jacques Pardini, op., p. 289-294.

بين المصالح القائمة والتى تصبح أثر دقة فى حالة الطوارئ. وبناء على ذلك، فإن المحكمة الدستورية يجب أن تعطى لبعض المتطلبات الأساسية التى تعبر عنها حالة الطوارئ أولوية على الضمانات الدستورية؛ حتى لا يتعرض للخطر كيان نظام الدولة وذاتيته.

وفى نطاق هذه النظرية ذهب البعض إلى وجوب التمييز بين حالة الطوارئ المطلقة التى تنطوى على تهديد لاستمرار نظام الدولة، وحالة الطوارئ المحلية التى تمس قطاعات معينة ونسبية لا تتعلق بحياة المجتمع، وقال بأن النوع الأول من حالة الطوارئ يغطيه تشريع الطوارئ الذى يحافظ على النظام العام كما كان فى إيطاليا فى السبعينيات والثمانينيات. أما النوع الثانى من حالة الطوارئ، فيظهر فى قطاعات مختلفة يتمثل فى بعض نصوص قانون الضرائب على المسكن وقانون النقابات. وعلى أساس هذا التمييز بين نوعى حالة الطوارئ، فإن النظرية الرابعة لا تنطبق إلا على حالة الطوارئ المطلقة دون حالة الطوارئ المحلية.

وقد قضت المحكمة الدستورية الإيطالية سنة ١٩٨٢ (الحكم رقم ١٢) بأن حماية النظام الديمقراطى المعرض للخطر تعد قيمة أولى بالرعاية، وأن حالة الطوارئ المعلنة بسبب تهديد الإرهاب لتقرير هذه الحماية تنشّط هذه القيمة على نحو يجعلها أعلى من القيم الدستورية الأخرى، بما يسمح - من أجل حمايتها - بالمساس بالحرية الشخصية. وقد رأى البعض أن المحكمة الدستورية بهذه المناسبة قد أولت لدورها بوصفها هيئة عليا من هيئات الدولة قيمة أعلى من دورها كقاض يفصل فى دستورية التشريعات. وقيل بأنه يمكن فى هذه الحالة قبول الفكرة التى تقول بوجود تدرج فى القيم يأخذ فيه إعلان حالة الطوارئ زمام المبادرة لحماية نظام الدولة فى مجموعه[١].

وفى هذا المعنى أكد المجلس الدستورى الفرنسى سنة ١٩٨٢ على أن حماية النظام العام هو هدف ذو قيمة دستورية يجب التنسيق بينه وبين سائر المبادئ أو الأهداف ذات القيمة الدستورية[٢].

وأكد المجلس الدستورى الفرنسى سنة ١٩٨٥ على أن التنسيق بين الاثنين يتم

(١) انظر: Jean-Jacques Pardini, op., p. 280-294.

(٢) Décision no. 82-141/ DC du 27 Juillet 1982, "Communication audiovisuelle", Rec. p. 48.

بالنظر إلى ضمان ممارسة الحريات التى لا يمكن تحقيقها دون حماية النظام العام، وأنه رغم اعتبار هذه الحماية هدفا له قيمة دسورية فإنه فى حالة الطوارئ لا يمكن أن يؤثر إلا فى حريات معينة حتى يمكن ضمان الممارسة العامة لسائر الحريات[١].

وواقع الأمر، أنه لا يوجد تدرج بين قواعد دستورية للطوارئ وقواعد دستورية للأحوال العادية، ومراعاة حالة الطوارئ أو غيرها من الظروف «الاستثنائية» أو «المؤقتة» أو «الانتقالية» عند تقرير دستورية التشريع لا تنطبق إلا على الحالات التى تقتضيها حالة الضرورة، دون أن تعنى مطلقا أى إيقاف مفترض للقواعد الدستورية. وفى هذا المقام أكد الفقه الإيطالى أنه لا يجوز أن نتخيل أنه فى جميع الحالات التى أنقذت فيها المحكمة الدستورية تشريعا مؤقتا temporaire أو غير عادى extraordinaire أن المحكمة قد أقامت تدرجا لصالح متطلبات الظروف الاستثنائية[٢]، فالواقع وعامل الزمن هما اللذان يخلقان الظروف الاستثنائية ويلعبان دورا أساسيا؛ لأنهما يرسمان أساس مشروعية القواعد المؤقتة أو الانتقالية التى لا يجوز أن تتجمد لتصبح قواعد نهائية. وعلى هذا النحو، فإن واقع الطوارئ يمكن من الناحية العملية أن يؤدى إلى تقييد فاعلية الضمانات الدستورية فى بعض الأحوال بسبب شكل التناسب الذى تجريه المحكمة الدستورية بين الظروف الاستثنائية ورد الفعل القانونى من خلال التشريع لمواجهة هذه الظروف. فإذا كان عدم التناسب ظاهرا وواضحا، اعتبر النص التشريعى الذى يجيز رد الفعل المذكور غير دستورى. فالضرورة والتناسب يحكمان التوازن داخل النظام القانونى بين الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة. وقد عبرت المحكمة الدستورية عن اعتناقها لهذا المعيار الدستورى عندما تقضى المصلحة العامة بالمساس بالحقوق والحريات، فقالت ما مؤداه أن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها فى غير ضرورة تمليها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها، فإن كان التشريع متجاوزا للحدود على نحو يجعله غير ضرورى، غدا مخالفا للدستور[٣].

---

(١) Décision no. 82-187/ DC "Etat d'urgence en Nouvelle - calédonie".

(٢) انظر: Jean-Jacques Pardini, op., p. 293.

وقد أشار فى هامش ٢ للفقيه الإيطالى A. Pisaneschi.

(٣) دستورية عليا فى ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٧، القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

قد ذهبت المحكمة الدستورية العليا فى مصر إلى أن حالة الطوارئ - بالنظر إلى حدتها وطبيعة المخاطر المرتبطة بها - لا تلائمها أحيانا تلك التى تتخذها الدولة فى الأوضاع المعتادة باعتبار أن طبيعتها ومداها تفرض من التدابير الاستثنائية ما يناسبها، ويعد لازما لمواجهة تبعاتها، ولا تنحصر تلك التدابير الاستثنائية بالضرورة على ما يكون ضروريا منها لمواجهة الجرائم التى تهدد أمن الدولة الداخلى أو الخارجى، بل تتناول فى عديد من صورها وتطبيقاتها جرائم أخرى تخرج عن هذا النطاق وتجاوزه[1].

ونلاحظ أنه وإن كانت وجهة نظر المحكمة الدستورية العليا فى مصر قد أبديت فى مقام تفسير التشريع، إلا أن هذه المحكمة أكدت على أن المخاطر التى تفترض السلامة القومية تمثل إطارا للمصلحة الاجتماعية التى أقر المشرع على ضوئها سلطة رئيس الجمهورية فى إحالة بعض القضايا فى حالة الطوارئ إلى القضاء العسكرى. وقد سبق للمحكمة العليا (التى كان لها الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين) أن أكدت أن نظام الطوارئ نظام أجاز الدستور فرضه كلما تحققت أسبابه ودواعيه، وأولها تعرض الوطن لخطر يهدد سلامته وأمنه أو نشوب حرب أو التهديد بنشوبها أو اضطراب الأمن، وذلك لمواجهة هذا الخطر بتدابير استثنائية حددها قانون الطوارئ حفظا لسلامة الوطن وأمنه[2].

٢١٩ـ المعيار الدولى لمراعاة الظروف الاستثنائية

نصت المادة الرابعة من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية على أنه فى حالة الطوارئ الاستثنائية التى تهدد حياة الأمة فى فترة محددة، والمعلن قيامها رسميا يجوز للدول الأطراف فى هذا العهد أن تتخذ فى أضيق الحدود التى يتطلبها الوضع تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولى وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة،

---

(١) الدستورية العليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٣ فى طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «تفسير».

(٢) المحكمة العليا فى ٥ فبراير سنة ١٩٧٧ فى الطعن رقم ٢٢ لسنة ٦ قضائية «عليا» مجموعة أحكام المحكمة العليا جـ ٢ ص ٣٢.

أو الدين، أو الأصل الاجتماعي ... إلخ. (الفقرة الأولى)، على أن التدابير الاستثنائية الممنوحة في هذه الظروف يجب أن يبينها التشريع بطريقة واضحة ومحددة لتجنب أى تعسف فى تطبيقها ولتحاشى أى غموض حول حقوق الأفراد وواجباتهم(١).

ومع ذلك، فإن هذه التدابير الاستثنائية لا يجوز أن تمتد إلى الحقوق «الأساسية» المنصوص عليها فى المواد ٦ و ٧ و٨/ ١ و٢ و ١١ و ١٥ و ١٦ و ١٨ من هذا العهد الدولى (المادة ٤/ ٢)، أى أنه لا يجوز لأية دولة أن تخالف التزامها بحماية الحق فى الحياة (المادة ٦)، والحق فى عدم الخضوع للتعذيب (المادة ٧)، والحق فى عدم الخضوع للاسترقاق والعبودية (المادة ٨)، والحق فى عدم التعرض للحرمان من الحرية بسبب عدم سداد أحد الديون (المادة ١١)، والحق فى عدم الخضوع لرجعية قانون العقوبات (المادة ١٥)، والحق فى الاعتراف بالشخصية القانونية (المادة ١٦)، وحرية الفكر والعقيدة والديانة.

ويلاحظ أن هذه الحقوق تعد معياراً دوليا للتوازن المطلوب بين حماية المصلحة العامة، وحماية الحقوق والحريات فى الظروف الاستثنائية. ويلاحظ أن تصديق مصر على العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية يجعله فى قوة القانون، مع مراعاة أن احترام قواعد هذا العهد يتم فى حدود الدستور. فالشرعية الدستورية بوصفها الأساس فى تحديد شكل التوازن المطلوب بين حماية المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات فى الظروف الاستثنائية، تحمى مختلف القيم التى نص عليها الدستور سواء تمثلت فى الحقوق والحريات، أو فى المصلحة العامة. وما أشار له العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية من حقوق لا يجوز للتدابير الاستثنائية المساس بها، أمر يجب وضعه موضع الاعتبار عند إجراء التوازن المطلوب مع حماية النظام العام.

٢٢٠ـ حدود التناسب بين الظروف الاستثنائية والتدابير المقررة لها

تتميز التدابير التى تتطلبها الظروف الاستثنائية بوجه عام بالخصائص الآتية:

(١) Philippe Terneyre, op. cit., 200.

(١) تقوية سلطات الشرطة أو منح بعض السلطات للقضاء العسكرى .

(٢) التقليل من بعض الحقوق والحريات التى يتم التمتع بها فى الظروف العادية .

(٣) الحد من نطاق الالتجاء إلى القضاء أو التمتع بتعدد درجاته .

وقد لوحظ أن التدابير الاستثنائية فى غير حالة الحرب أو التهديد بها تستخدم لمواجهة التهديد الخطر للأمن الداخلى المتمثل فى الإرهاب ، والجرائم المنظمة الخطرة والاتجار فى المخدرات ، والمعاملات المالية غير المشروعة[١] .

---

(١) Cherif Bassiouni, op. cit., p. 115.

المبحث الثانى
نطاق الضمانات الدستورية فى الظروف الاستثنائية

٢٢١ـ نطاق ضمان أن الأصل فى المتهم البراءة

بينا فيما تقدم أن أصل البراءة ضمان دستورى مهم، وأنه يترتب على هذه الضمانات نتائج معينة، منها ما يتعلق بإثبات الإدانة. ونؤكد ابتداء أن أصل البراءة يمثل الحد الأدنى للشرعية الدستورية لا يجوز للقانون أن يفرط فيه أو يوقفه أو يحد من قيمته. فكما أكد مجلس الدولة المصرى أن تعطيل الحريات العامة التى كفلها الدستور هو فى ذاته أمر خطير ينجم عنه من النتائج ما يتعذر تداركه[(١)].

ويلاحظ أن احترام حريات الغير بسبب ما يتهددها من خطر تحت تأثير الأسباب التى أدت إلى إعلان الظروف الاستثنائية هى التى تبرر وحدها وضع هذه القيود، باعتبار أن الحرية الحقيقية هى التى لا تضر بحريات الغير. إلا أنه لا يجوز أن تمتد بعض هذه القيود مطلقا إلى وضع قرائن للإثبات، تفترض الإدانة فى المتهم، لما يترتب على هذا الافتراض من تدمير حقوق المتهم وجعله أسيرًا للاتهام يواجه الأدلة بكل عجز. كما أن وضع هذه القرائن ليس وسيلة لحماية ما يتهدد البلاد من أخطار. وقد راعى ذلك القرار بقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ.

٢٢٢ـ نطاق ضمان القضاء هو الحارس الطبيعى فى الإجراءات الجنائية

تخضع شرعية الإجراءات التى تتم مباشرتها فى الظروف الاستثنائية لضمان القضاء. فالقضاء مهما كانت الظروف حصن الحريات وحاميها وحارسها، وإلا

---

(١) انظر على سبيل المثال محكمة القضاء الإدارى فى ١١ فبراير سنة ١٩٨٢، المحاماة، المجلد ٧٤ رقم ٢٤ ص ٨٦.

تحولت السلطة الاستثنائية إلى سلطة تحكمية. فالقرارات الإدارية الصادرة من الحكومة فى إطار حالة الطوارئ لا تكون بمنأى عن رقابة القضاء ولا تفلت أعمال الحكومة من المنازعات أمام القضاء.

فالقاضى - بوجه عام - يتحقق من شرعية الأعمال والإجراءات التى تتم مباشرتها تحت مظلة الظروف الاستثنائية. وبعبارة أخرى، فإن الظروف الاستثنائية لا تعطل ما نص عليه الدستور المصرى من أن سيادة القانون أساس الحكم للدولة (المادة ٦٤). فسيادة القانون أى المشروعية، تصبح كلاما بغير مضمون أو شعاراً عديم الفاعلية، ما لم يوجد قضاء يراقب المشروعية ويضع حدودها.

وقد تجلى هذا المعنى فى المادة ٧١ من الدستور التى نصت على أن «يبلغ كل من ... أو يعتقل بأسباب ... أو اعتقاله فورا، ويكون له حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذى ينظمه القانون، ويجب إعلانه على وجه السرعة بالتهم الموجهة إليه ...».

وقد مارس مجلس الدولة المصرى رقابته على قرارات رئيس الجمهورية التى يصدرها فى حالة الأزمة الوطنية طبقا للمادة ٧٤ من الدستور، وقضى بأنه إذا كانت القرارات المطعون فيها قد صدرت استناداً إلى هذه المادة، فإن اتخاذ هذه القرارات منوط بتوافر خطر حال لا خطر زال أو خطر قد يحدث فى المستقبل، وكانت هى الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر فلا تتوافر حالة الضرورة إذا كان يمكن لرفع هذا الخطر الالتجاء إلى القواعد القانونية المقررة للظروف العادية.

وقد عنيت المحكمة فى هذا الحكم إلى تأكيد ما استقر عليه قضاؤها من الضرورة كسبب للقرار الإدارى لا تقوم إلا بتوافر أركان ثلاثة هى:

١ - أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن.

٢ - أن يكون القرار الصادر هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر بالقواعد القانونية القائمة المقررة للظروف العادية.

٣ - أن يكون القرار لازما حتما فلا يزيد على ما تقضى به الضرورة، وهو ما يعرف

بالتناسب. وهذه الأركان جميعها ترجع إلى أصلين مسلم بهما قانونا يقضيان بأن الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورة تقدر بقدرها[١].

وقد ذهب المجلس الدستورى الفرنسى فى نطاق المادة ١٦ من الدستور الفرنسى (بشأن الأزمة الوطنية) إلى الاعتراض على قرار رئيس الجمهورية الذى يتعارض مع الهدف المرسوم له وهو اتخاذ وسائل تكفل للسلطات العامة الدستورية القيام بمهمتها، مثل القرار الصادر بتعديل الدستور[٢]، أو الاعتياد على استخدام سلطته الاستثنائية المبينة فى المادة ١٦ من الدستور الفرنسى.

وبصدد نظام الطوارئ، أكدت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٣ مايو سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٥١٥ لسنة ٣٩ قضائية عليا، أن من حق كل الدول أن تتخذ وفقا لدستورها ونظامها القانونى الإجراءات اللازمة لحماية أمنها وأمن مواطنيها وسلامة مجتمعها من التعدى والعدوان على النظام العام القانونى والشرعى لها من الداخل أو من الخارج. و فى الحالات التى تقع وتحدث إضرابا يخلق حالة من الطوارئ تبرر الخروج عن الأحكام القانونية المطبقة والمعمول بها فى الظروف الأمنية العادية وذلك مع مراعاة الالتزام بدلا عنها بالنظام القانونى للطوارئ فى الحدود المقررة للسلطات التى تواجه الظروف الطارئة حماية لأمن الدولة وسلامتها.

هذا، وقد أكد مجلس الدولة أن نظام الطوارئ ليس نظاما مطلقا، بل هو نظام خاضع لقانون أرسى الدستور أساسه وأبان القانون أصوله وأحكامه ورسم حدوده وضوابطه فيجب أن يكون إجراؤه على مقتضى هذه الأصول والأحكام وفى نطاق الحدود والضوابط وإلا كان ما يتخذ من التدابير والإجراءات مجاوزا هذه الحدود،

---

(١) ويراقب مجلس الدولة الفرنسى سلطة الإدارة الاستثنائية فى ضوء ثلاثة شروط هى:

(أ) وجود حالة استثنائية حقيقية.

(ب) أن تقدم الإدارة الدليل على أنه كان يستحيل عليها التصرف طبقا لمبدأ الشرعية مثلا بسبب حالة الطوارئ.

(جـ) أن يقدر القاضى أن الخطر كان مهما بحيث يبرر استبعاد مبدأ الشرعية.

(Heyriés, Le Juin 1918 et Dames dol et laurent le 28 Février 191%) (Olivier Duhamelet Yues Mény, Dictionnaire constitutionnel, op cit., p.790).

(٢) انظر:

Jean Gicquel, Les états de necessité; Droit constitutionnel et droits de l'homme, Rapports français, op. cit., p. 184.

مخالفا للقانون، تنبسط عليه الرقابة القضائية إلغاءً وتعويضا. فكل نظام أرسى الدستور أساسه ووضع القانون قواعده هو نظام يخضع بطبيعته مهما يكن نظاما استثنائيا ـ لمبدأ سيادة القانون ، ومن ثم لرقابة القضاء. وليس ثمة شك فى أن الاختصاصات المخولة للسلطة القائمة على إجراء حالة الطوارئ سندها هو القانون الذى عين نطاقها فلا سبيل لها إلى تجاوزه ، وإذا كانت اختصاصات تلك السلطة من واقع القوانين المقررة لها وعلى غرار ما سلفها اختصاصات بالغة السعة ، فإن ذلك أدعى إلى أن تنسحب عليها الرقابة القضائية حتى لا يتحول نظام هو فى حقيقته ومرماه نظام دستورى يقيده القانون إلى نظام مطلق لا عاصم له وليست له من حدود أو ضوابط؛ فرقابة القضاء هى دون غيرها الرقابة الفعالة التى تكفل للناس حقوقهم الطبيعية وتؤمن لهم حرياتهم العامة وتفرض للقانون سيادته ولكل نظام حدوده الدستورية المشروعة[1].

ومع ذلك، فقد استقر قضاء مجلس الدولة على أن إعلان حالة الطوارئ يعد من أعمال السيادة وتخرج عن رقابة القضاء.

وقد أكد قانون الطوارئ المصرى على الضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية، على النحو الآتى:

(١) نصت المادة ٣ مكررا من هذا القانون والمعدلة بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ على أنه للمعتقل ولغيره من ذوى الشأن أن يتظلم من القبض أو الاعتقال إذا انقضى ثلاثون يوما من تاريخ صدوره دون أن يفرج عنه. ويكون التظلم بطلب يقدم بدون رسوم إلى محكمة أمن الدولة العليا المشكلة وفقا لأحكام قانون الطوارئ. وتفصل المحكمة فى التظلم بقرار مسبب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ التظلم، وذلك بعد سماع أقوال المقبوض عليه أو المعتقل وإلا تعين الإفراج عنه فورا. ولوزير الداخلية فى حالة صدور قرار بالإفراج أو فى حالة عدم الفصل فى التظلم فى الموعد المنصوص عليه فى الفقرة السابقة أن يطعن على قرار الإفراج خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدور القرار أو انقضاء الموعد المشار إليه. فإذا طعن وزير الداخلية على القرار أحيل الطعن إلى دائرة أخرى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديمه

---

(١) المحكمة العليا فى ٦ مارس سنة ١٩٨٨ ، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا سنة ٣١ قضائية رقم ١٦٦ ص ١٠٤٨.

على أن يفصل فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإحالة وإلا وجب الإفراج عن المعتقل فورا ويكون قرار المحكمة فى هذه الحالة أوجب النفاذ. وفى جميع الأحوال يكون لمن رفض تظلمه الحق فى أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضى ثلاثون يوما من تاريخ رفض التظلم.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن التظلم من أمر الاعتقال يشكل «خصومة قضائية» تدور بين السلطة التنفيذية ممثلة فى رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه وأحقيتها فى اتخاذ تدبير الاعتقال وفقا لقانون الطوارئ وبين المعتقل - أو غيره - الذى يتظلم من أمر الاعتقال على أساس عدم مشروعيته أو انتفاء المبرر للاشتباه فى المعتقل أو عدم توافر الدلائل على خطورته على الأمن والنظام العام وتفصل المحكمة فى هذه الخصومة بقرار مسبب خلال أجل محدود[1].

(٢) نصت المادة ٦/ ٢ من قانون الطوارئ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ على أنه يجوز القبض فى الحال على المخالفين للأوامر التى تصدر طبقا لأحكام هذا القانون والجرائم المحددة فى هذه الأوامر. ويكون للمقبوض عليه أن يتظلم من أمر الحبس لمحكمة أمن الدولة المختصة على أن يفصل فى تظلمه خلال ثلاثين يوما من تاريخ التظلم، وإلا تعين الإفراج عن المحبوس فورا.

وللمحكمة المختصة سواء عند نظر التظلم أو فى أثناء نظر الدعوى أن تصدر قرارا بالإفراج المؤقت عن المتهم ويكون قرار المحكمة نافذا ما لم يطعن عليه وزير الداخلية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره وكانت التهمة المنسوبة إلى المتهم من جرائم أمن الدولة الداخلى أو الخارجى.

وإذا طعن وزير الداخلية على قرار الإفراج فى هذه الحالة أحيل الطعن إلى دائرة أخرى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديمه على أن يفصل فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإحالة وإلا تعين الإفراج عن المتهم فورا، ويكون قرار المحكمة فى هذه الحالة واجب النفاذ. وفى جميع الأحوال يكون لمن رفض تظلمه أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضى ثلاثون يوما من تاريخ رفض التظلم.

---

(١) دستورية عليا فى ١٦ يونية سنة ١٩٨٤ القضية رقم ٥٥ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٣ ص ٨٠.

(٣) نصت المادة الثانية من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ على أن تختص محكمة أمن الدولة العليا (طوارئ) دون غيرها بنظر جميع الطعون والتظلمات من الأوامر والقرارات المشار إليها بالمادة ٣ مكررا من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ (بشأن حالة الطوارئ).

وتحال إلى هذه المحكمة - بحالتها - جميع الدعاوى والطعون والتظلمات المشار إليها والمنظورة أمام أية جهة قضائية أو غير قضائية.

(٤) لم يجز قانون الطوارئ الطعن فى الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة (طوارئ) وأخضعها للتصديق من رئيس الجمهورية. وبذلك حال هذا القانون دون تعدد درجات التقاضى فى الظروف الاستثنائية.

٢٢٣- نطاق ضمانات المحاكمة المنصفة

وبالنسبة إلى ضمانات المحاكمة المنصفة، فقد تأثرت فى نطاق الحرية الشخصية وحق الدفاع. فقد نصت المادة العاشرة من القانون المصرى رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ فى شأن حالة الطوارئ والمعدل بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٨٦ وبالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ وبالقانون رقم ١٦٤ لسنة ١٩٨١ والقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ على أنه فيما عدا ما هو منصوص عليه من إجراءات وقواعد فى المواد التالية أو فى الأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية تطبق أحكام القوانين المعمول بها على تحقيق القضايا التى تختص بالفصل فيها محاكم أمن الدولة وإجراءات نظرها والحكم فيها وتنفيذ العقوبات المقضى بها (المادة ١٠/ ١).

وإذا كانت ضمانات الحرية الشخصية وحق الدفاع بمقتضى هذا النص هى الأصل العام الواجب تطبيقه فى حالة الطوارئ عدا ما نص عليه القانون، فقد جاء قانون الطوارئ ببعض القيود على هذه الضمانات لمواجهة الخطر الجسيم الذى كان سببا فى إعلان حالة الطوارى[1].

---

(١) وقد تجلى ذلك فى عدة مجالات: أولها، توسعة اختصاص السلطة التنفيذية بمنحها حق اتخاذ تدابير ماسة بالحرية خروجا على اختصاص السلطة القضائية فى هذا الشأن، وسوف نبحث ذلك فى حينه. أما بشأن الإجراءات الجنائية، فنجد مظاهر الخروج على القواعد العامة فيما يأتى:

كما وسع قانون الطوارئ سلطة النيابة العامة فى التحقيق فمنحها جميع السلطات المخولة لها ولقاضى التحقيق، وذلك فى الجرائم التى تختص بالفصل فيها محاكم أمن الدولة (المادة ١٠).

وخول قانون الطوارئ رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه سلطة إحالة جرائم القانون العام إلى محاكم أمن الدولة التى تنشأ أساسا للنظر فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لأوامر رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه (المادة ١٠).

= ١ - عدم التقيد بالأحوال المنصوص عليها فى قانون الإجراءات الجنائية للقبض على المتهم، إذ يجوز القبض فى الحال على المخالفين للأوامر التى تصدر طبقا لأحكام قانون الطوارئ والجرائم المحددة فى هذه الأوامر (المادة ٦٢/ ١).

٢ - إنشاء محاكم استثنائية فى حالة الطوارئ هى محكمة أمن الدولة الجزئية، ومحكمة أمن الدولة العليا فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه (المادة ٧/ ١).

٣ - الترخيص بالعنصر العسكرى فى تشكيل المحكمة، إذ يجوز استثناء لرئيس الجمهورية أن يأمر بتشكيل دائرة أمن الدولة الجزئية من قاض واثنين من ضباط القوات المسلحة من رتبة نقيب أو ما يعادلها على الأقل وبتشكيل دائرة أمن الدولة العليا من ثلاثة مستشارين ومن ضابطين من الضباط القادة (المادة ٧/ ٤).

٤ - يجوز لرئيس الجمهورية فى المناطق التى تخضع لنظام قضائى خاص أو بالنسبة لقضايا معينة أن يأمر بتشكيل دوائر أمن الدولة المنصوص عليها فى المادة السابقة من الضباط وتطبق المحاكم فى هذه الحالة الإجراءات التى ينص عليها رئيس الجمهورية فى أمر تشكيلها.
وتشكل دائرة أمن الدولة العليا فى هذه الحالة من ثلاثة من الضباط القادة، ويقوم أحد الضباط أو أحد أعضاء النيابة العامة بوظيفة النيابة العامة (المادة ٨).

٥ - يجوز لرئيس الجمهورية أو لمن يقوم مقامه أن يحيل إلى محاكم أمن الدولة الجرائم التى يعاقب عليها القانون العام (المادة ٩).

٦ - لرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يحيل إلى القضاء العسكرى أيا من الجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات أو أى قانون آخر (المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدلة بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠).

٧ - يكون للنيابة العامة عند التحقيق، جميع السلطات المخولة له ولقاضى التحقيق ولغرفة الاتهام (المادة ١٠/ ٢ من قانو الطوارئ).

٨ - لا تقبل الدعوى المدنية أمام محاكم أمن الدولة (المادة ١١).

ونتبه إلى أن هذه القيود لا تمس ضمانات الدفاع عن المتهم التى تقوم عليها المحاكمة القانونية (المنصفة)، وذلك باعتبار أن هذا المساس ليس لازما حتما لمواجهة الخطر الجسيم التى أعلنت حالة الطوارئ من أجل مواجهته.

ولاشك فى أن تقدير متطلبات الضرورة فى هذا الشأن يتولاه القضاء بوصفه الحارس الطبيعي للحريات، فهو الذى يوازن بين المتناقضات التى قد تحدث فى ظروف معينة بين الحريات التى يحميها الدستور وبين بعض المبادئ ذات القيمة الدستورية (مثل التناقض بين الحرية الشخصية ومتطلبات المحافظة على الأمن الداخلى الذى أعلنت من أجله حالة الطوارئ). ولا يجوز أن يترتب على هذا التوازن التضحية بالحرية الشخصية لأنها تتمتع بالحماية الدستورية. وكل ما يسمح به للمشرع عند إقامة هذا التوازن هو المساس الضرورى بضماناتها من أجل التمكن من ممارسة حريات أخرى أو من أجل تطبيق مبادئ أخرى ينص عليها الدستور. فالمسألة تتعلق بقدر الضمانات المسموح بها فلا مناقشة فى مبدأ الحرية الشخصية فلا يجوز العصف به أو إهداره. وبالتالى لا يجوز أن تؤدى القيود إلى انتهاك أصل البراءة. وكما قال المجلس الدستورى الفرنسى، إن القيود لا يجوز أن تكون تحكمية أو مشوبة بالتعسف[1]. والقيود المسموح بها هى محض ترتيب للمبادئ الدستورية الواجبة الحماية، وإعطاء الأولوية لبعضها على الأخرى.

ومن حيث التدابير التى تتخذها السلطة التنفيذية بناء على الظروف الاستثنائية، فيجب أن تقدر عند اتخاذها حالة الضرورة دون تحكم أو تعسف. وفى هذا الشأن، ذهب مجلس الدولة المصرى بشأن أحد القرارات التى اتخذت بناء على إعلان حالة الأزمة الوطنية كظرف استثنائى طبقا للمادة ٧٤ من الدستور المصرى (المقابلة للمادة ١٦ من الدستور الفرنسى) إلى أن اتخاذ هذه القرارات منوط بتوافر خطر حال لا خطر زال، أو خطر قد يحدث فى المستقبل، وبذلك ينتفى الركن الأول لقيام حالة الضرورة (وهو أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن)، بالإضافة إلى أن هذه القرارات ليست الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر وكان يكفى لدفعها الالتجاء إلى القواعد القانونية المقررة للظروف العادية. ومنها على سبيل المثال، أحكام قانون العقوبات الخاصة بحماية أمن الدولة والقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٢ بشأن حماية الوحدة الوطنية والقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى والقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن حماية القيم من

(١) Déc. No. 132 Dc du 16 Janv. 1982, Grands décisions, No.35, p. 516.

العيب . هذا بالإضافة إلى سلطة رئيس الجمهورية فى إصدار قرارات لها قوة القانون بالشروط المقررة فى المادتين ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور . وبذلك ينتفى الركن الثانى لقيام حالة الضرورة (أن يكون القرار الصادر هو الوسيلة الوحيدة لرفع هذا الخطر بالقواعد القانونية المقررة للظروف العادية)[١] .

---

(١) انظر محكمة القضاء الإدارى فى ١١ فبراير سنة ١٩٨٢ ، المحاماة (المجلد ٧٤) رقم ٢٤ ص ٨٦ .

المحتويـات

المبحث الثانى

المبحث الثالث

فى الظروف الاستثنائية

المبحث الأول

المبحث الثانى

رقم الإيداع ٢٠٠٢/١٧٠٣
الترقيم الدولى x - 0788 - 09 - 977

مطابع الشروق
القاهرة :٨ شارع سيبويه المصرى ـ ت ٤٠٢٣٣٩٩ ـ فاكس:٤٠٣٧٥٦٧ (٠٢)
بيروت : ص.ب: ٨٠٦٤ ـ هاتف : ٣١٥٨٥٩ ـ ٨١٧٢١٣ ـ فاكس : ٨١٧٧٦٥ (٠١)

القانون الجنائى الدستورى

يعالج هذا المؤلف بمنهج تأصيلى تحليلى المبادئ الدستورية التى تحكم القانون الجنائى بفرعيه (قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية) فيقدم تحليلا للضمانات الدستورية التى تكفل تحقيق التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة فى كل من القانونين من خلال معيار التناسب.

وفى ضوء قانون العقوبات أبرز المؤلف هذه الضمانات متمثلة فى مبدأ الشرعية الجنائية، ومبدأ اليقين القانونى، ومبدأ التجريم والعقاب فى ضوء الضرورة الاجتماعية والتناسب. وضمانات الحقوق والحريات فى مواجهة التجريم والعقاب.

وفى إطار قانون الإجراءات الجنائية، أبرز المؤلف حدود التوازن بين الحقوق والحريات فى الخصومة الجنائية من خلال الضمانات التى حددها الدستور لتحقيق هذا التوازن. وتتمثل فى أن الأصل فى المتهم البراءة، وفى توفير الضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية وفى المحاكمة المنصفة. بالإضافة إلى بحثه عن الضمانات الدستورية للإجراءات الجنائية فى الظروف الاستثنائية.

وعلى هذا النحو، فإن المؤلف يبشر بميلاد فرع جديد من فروع القانون الجنائى، هو القانون الجنائى الدستورى.

الأستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور، رئيس مجلس الشعب

http://www.parliament.gov.eg
E-mail: dr_sorour@parliament.gov.eg

من أهم مؤلفاته فى القانون الجنائى: نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية، الجرائم الضريبية، الاختبار القضائى الوسيط فى قانون العقوبات (القسم العام)، الوسيط فى قانون العقوبات (القسم الخاص)، الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية، أصول السياسة الجنائية، الشرعية والإجراءات الجنائية، النقض فى المواد الجنائية، الشرعية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية، الحماية الدستورية للحقوق والحريات.

القاهرة: ٨ شارع سيبويه المصرى - رابعة العدوية - مدينة نصر
ص.ب: ٣٣ البانوراما - تليفون: ٤٠٢٣٣٩٩ - فاكس: ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
بيروت: ص.ب: ٨٠٦٤ هاتف: ٣١٥٨٥٩ - ٨٠٧٢١٣ - فاكس: ٨١٧٧٦٥ (٩٦١)